

investigaciones



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

investigaciones

Dirección

Dra. Mercedes de Urioste

Colaboradores

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

Lic. Paula Frondizi

Dra. Marisol Rodríguez

Dra. Andrea S. Bartos

Trad. Laureana Cayuso

Srta. María Petracchi

Corrección

Dra. Carolina Mozo Sartorio

Lic. Sebastián Galdós

*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 [2018]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz

Vicepresidenta

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

Ministros

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Dr. Horacio Daniel Rosatti

investigaciones [2018]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2018. Año XXII-

Secciones	Páginas
JURISPRUDENCIA	9/283
ÍNDICES	285/296

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

JURISPRUDENCIA

investigaciones

ADOPCIÓN INTERNACIONAL. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. **DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – RUSIA).

1. Antecedentes del caso: entre los años 2010 y 2012, ciertos ciudadanos estadounidenses iniciaron procesos de adopción de niños provenientes de Rusia. Muchos de estos potenciales niños adoptivos padecen graves problemas de salud (tales como síndrome de Down, trastornos del desarrollo y enfermedades físicas graves) y requieren atención médica especializada. En la mayoría de los casos, los peticionantes estadounidenses habían recibido de las autoridades rusas una resolución favorable en relación con su idoneidad para ser padres adoptivos y la imposibilidad de ubicar al niño en una familia rusa. Como parte del proceso de adopción, los peticionantes obtuvieron una autorización para visitar a los niños en cuestión, lo que les permitió pasar varios días con ellos en sus respectivos orfanatos, donde confirmaron su conformidad formal para adoptar a un niño. Según los peticionantes, en algunos casos, algunos de ellos ya habían establecido un vínculo con el niño antes de iniciar el proceso de adopción, y, en particular, un caso involucraba la adopción del hermano de un niño previamente adoptado. Para fines de 2012, la mayoría de los peticionantes estadounidenses habían dado cumplimiento a todos los requisitos previstos en el proceso de adopción antes de iniciar el trámite judicial.

Sin embargo, el 21 de diciembre de 2012 la Cámara Baja del Parlamento de la Federación Rusa sancionó la Ley Federal n° 272-FZ, que, entre otras medidas, prohibía la adopción de niños rusos por parte de ciudadanos estadounidenses. Esta ley entró en vigor el 1° de enero de 2013. Se suspendió entonces el trámite de todas las causas en las que aún no se había dictado un pronunciamiento sobre la adopción para esa fecha, con independencia de la etapa del proceso en que se hallaran las actuaciones.

A resultas de la nueva ley, todos los procesos de adopción iniciados por peticionantes estadounidenses fueron interrumpidos. Los intentos realizados por estas personas ante los tribunales rusos para lograr que se acogieran sus pretensiones fueron rechazados.

La ley tuvo una gran difusión, lo que generó una protesta en su contra en la ciudad de Moscú, varias críticas de las ONGs *Amnesty International* y *Human Rights Watch*, el envío de una carta al Presidente Putin de 48 miembros del Congreso de los Estados Unidos y una Resolución de la Asamblea Parlamentaria de la OSCE. La norma recibió, además, una cobertura negativa de los medios de comunicación internacionales: la mayoría de los comentaristas sostenían que la ley tenía una motivación política y que perjudicaba los intereses de los niños.

Entonces, los estadounidenses presentaron una petición ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) fundándose en los arts. 3 (prohibición de malos tratos), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Sobre la base del art. 8, alegaron que dado que habían llegado a una etapa avanzada del proceso de adopción y que ya se había formado un vínculo entre los potenciales padres adoptantes e hijos adoptivos, la prohibición constituía una injerencia

ilegítima y desproporcionada en su vida familiar. Por otra parte, con base en el art. 14 en conjunción con el art. 8, se agravaron de que la prohibición los discriminaba en razón de su nacionalidad estadounidense. Por último, se fundaron en el art. 3 para alegar que la mayoría de los niños involucrados requerían atención médica especializada, y que privarlos de estos cuidados en virtud de un impedimento para ser adoptados en los Estados Unidos se había traducido en un trato prohibido por el artículo convencional citado.

2. Sentencia: se desestima la solicitud presentada por J.R.V. y M.L.V. debido a que las partes han desistido de la acción.

También se declara en parte inadmisibles una de las solicitudes en la medida en que fue presentada en representación de la hija previamente adoptada de dos de los peticionantes estadounidenses. Esto, en razón de que ella no fue parte en el proceso de adopción y, por consiguiente, no puede pretender ser víctima de las alegadas violaciones a la Convención.

Art. 14 (prohibición de discriminación) en conjunción con el art. 8 (respeto a la vida privada y familiar)

Las víctimas de la discriminación alegada fueron los potenciales padres adoptivos (debido a su nacionalidad estadounidense), pero no los niños. Por lo tanto, los agravios de discriminación por parte de los potenciales padres adoptivos resultan admisibles, pero los planteados en nombre y representación de los niños no lo son. Los potenciales padres adoptivos han sido sometidos a una diferencia de trato discriminatorio, en violación del art. 14 en conjunción con el art. 8.

En primer lugar, existe una diferencia entre el trato acordado a los ciudadanos estadounidenses y a los demás ciudadanos extranjeros. Si bien el régimen legal de Rusia permitía las adopciones internacionales por parte de todos los ciudadanos extranjeros en un pie de igualdad, lo cierto es que la Ley n° 272-FZ privó de ese derecho a los ciudadanos estadounidenses.

En segundo lugar, esta diferencia en el trato acordado ha sido desproporcionada y discriminatoria. El Gobierno justificó la prohibición haciendo referencia a la persecución de dos objetivos: proteger a los niños (a esos efectos, denunció una serie de casos ampliamente publicitados de niños rusos adoptados por ciudadanos estadounidenses que habían sido maltratados); y promover la adopción por parte de ciudadanos rusos. Si bien estos objetivos resultan legítimos, esta Corte duda de que la prohibición haya constituido una medida adecuada para su consecución. Hace tan solo pocos años, en noviembre del año 2012, entró en vigencia un acuerdo firmado entre los Estados Unidos y Rusia: el Acuerdo Bilateral en materia de Adopción de Menores. Este acuerdo abordó directamente el problema de los malos tratos mediante la introducción de salvaguardias jurídicas más rigurosas para la adopción entre los dos países. El Gobierno no aportó ninguna prueba de que hayan ocurrido incidentes de malos tratos con posterioridad a la entrada en vigencia del convenio. Además, en relación con el alegado objetivo de promover un mayor número de adopciones por parte de los ciudadanos rusos, cabe destacar que el Acuerdo Bilateral restableció la

norma del derecho ruso que solo autoriza la adopción internacional de un niño ruso cuando resulte imposible ubicarlo en una familia en Rusia.

Por otra parte, es de notar la forma abrupta en que se aplicó la prohibición. Cuando un proceso de adopción llega a un estadio avanzado, se encuentra comprometida una esfera emocional que no ha de soslayarse, dado que ha comenzado a formarse un vínculo afectivo entre los adultos y el niño. En este caso, los solicitantes estadounidenses llegaron a las últimas etapas del proceso de adopción. Dada la normativa vigente al momento en que ellos iniciaron el proceso, podían tener la expectativa razonable de que sus casos serían resueltos sobre la base de las circunstancias particulares de cada uno. Sin embargo, los procesos se interrumpieron bruscamente debido a una inhabilidad automática de los potenciales adoptantes norteamericanos que inesperadamente entró a regir en diez días. El Gobierno no ha demostrado que hayan existido razones de envergadura para justificar una prohibición general retroactiva e indiscriminada aplicable a todos los potenciales padres adoptivos estadounidenses, con independencia del estadio del proceso o de las circunstancias del caso.

Por consiguiente, la medida fue desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos por el Gobierno.

Art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)

Teniendo en cuenta la ponderación que realizó esta Corte en virtud del art. 14, en conjunción con el art. 8, no resulta necesario examinar si se ha producido una violación al art. 8 considerado aisladamente.

Art. 3 (prohibición de malos tratos)

La detallada información proporcionada por el Gobierno acerca de cada uno de los niños involucrados demuestra que ellos han recibido una adecuada atención médica en Rusia. La denuncia de los peticionantes en este sentido, por lo tanto, no ha revelado ninguna violación en términos del art. 3, y resulta manifiestamente infundada e inadmisibile.

Indemnización justa (art. 41)

El Estado ruso debe pagar a cada pareja de potenciales padres adoptivos (o al peticionante individual, cuando ese sea el caso) EUR 3.000 en concepto de daño moral y USD 600 en concepto de costas y gastos (excepto a los dos peticionantes cuyo letrado ha actuado *ad honorem*).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso *A.H. and Others v. Russia*, sentencia del 17-1-17, en <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-170390\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)>.



AUTONOMISMO. DERECHO FINANCIERO. FINANZAS PÚBLICAS. GASTO PÚBLICO. **EDUCACIÓN.** DIVISIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE REGULACIÓN DEL GASTO PÚBLICO EN EL ÁMBITO EDUCATIVO. CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias interpuso un recurso de inconstitucionalidad de los arts. 3 y 4 del Real Decreto-ley 14/2012 de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, que fue convalidado por el Congreso de los Diputados mediante una resolución del 17 de mayo de 2012. Consideró que tales preceptos invaden las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en el art. 10.1.1 (competencia exclusiva sobre la organización, régimen y funcionamiento de las instituciones de autogobierno del Principado), en relación con el art. 15.3 (régimen estatutario de sus funcionarios, de acuerdo con la legislación básica del Estado), y en el art. 18.1 (desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados) de su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 7/1981.

Por su parte, la Abogada del Estado solicitó la desestimación del recurso de inconstitucionalidad en su integridad al considerar que el Real Decreto-ley 14/2012, aprobado en una situación de grave crisis económica y de necesidad acuciante de corrección de un abultado déficit público, tiene cobertura competencial derivada del art. 149.1.1, 13, 18 y 30 CE, y no vulnera las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

2. Sentencia: se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

2.1. Esta controversia ya quedó resuelta en el precedente STC 26/2016, que, con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad paralelo interpuesto por la Junta de Andalucía contra la misma disposición estatal y en mérito a argumentos semejantes, ratificó la competencia estatal para aprobar la regulación contenida en los preceptos impugnados. Igualmente, también con relación a los arts. 3 y 4 del Real Decreto-ley 14/2012, el mismo criterio ha quedado plasmado en la STC 54/2016, dictada para resolver un recurso planteado por el Parlamento de Navarra. En consecuencia, se expone la síntesis de esos mismos razonamientos relativos al concreto objeto de impugnación de este recurso.

2.2. Las medidas introducidas en los arts. 3 y 4 del Real Decreto-ley 14/2012 se integran en un conjunto más amplio de previsiones dirigidas a la contención del gasto público en el ámbito educativo. Por su parte, la disposición final primera de dicho real decreto-ley atribuye a la totalidad de la norma el carácter de legislación básica dictada al amparo de las competencias estatales de los apartados 1, 13, 18 y 30 del art. 149.1 CE.

En cuanto al ajuste competencial de las medidas contenidas en los preceptos impugnados, concretamente respecto al exceso en la fijación de las bases que corresponde establecer al Estado en materias de legislación compartida, ya se expresó en la STC 26/2016 que, cuando sea posible la identificación de más de un título

competencial, habrá que estar al título prevalente, sin descartar la posible invocación simultánea o indistinta de varios títulos competenciales estatales que confluyan o se solapen en la misma regulación.

Pues bien, los arts. 3 y 4 del Real Decreto-ley 14/2012, que establecen en materia de educación no universitaria un horario lectivo mínimo del profesorado, un máximo de compensación de docencia del profesorado con horas complementarias y una limitación al nombramiento de personal interino para cubrir las ausencias del profesorado, han de ser encuadrados competencialmente “en función, no de su finalidad, sino de su concreto contenido material que, en el caso, está evidentemente relacionado con la educación, con lo que los títulos estatales a considerar son el art. 149.1.30 CE y, complementariamente, el art. 149.1.18 CE, en lo que respecta a la función pública docente, ambos más específicos que el genérico del art. 149.1.13 CE”. El contenido educativo de estas medidas prevalece, por lo tanto, a efectos competenciales sobre la índole y finalidad económica de la norma adoptada. Igualmente, desplaza la cobertura que pudiera derivar del art. 149.1.1 CE, también invocado por la disposición final primera del Real Decreto-ley, por su carácter genérico respecto a los títulos mencionados.

2.3. El Gobierno asturiano impugnó dos preceptos en razón de su ajuste al orden constitucional de reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. El art. 3 del Real Decreto-ley 14/2012 establece umbrales que afectan a la regulación de la jornada lectiva del profesorado de los niveles de enseñanza contemplados en la Ley Orgánica de educación en centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos. Por un lado, se fija el número mínimo de horas semanales de clase a impartir por el personal docente (20 horas con carácter general y 25 para la educación infantil y primaria). Por otro, se limita a una hora por período lectivo la compensación máxima a reconocer al profesorado con horas complementarias cuando su número de horas de clase impartidas exceda la carga lectiva prevista, y siempre a partir de los mínimos aludidos de 20 y 25 horas semanales, según el nivel de enseñanza.

De acuerdo con lo sostenido en la STC 54/2016, el legislador estatal puede establecer reglas sobre el mínimo de dedicación lectiva del personal docente para garantizar el derecho a la educación en su dimensión prestacional y en ejercicio de sus funciones de coordinación derivadas de sus competencias básicas en materia de educación. Tal determinación constituye una previsión básica que incide en la prestación del derecho a la educación que es financiada con fondos públicos, y que es coherente con el carácter único del sistema educativo en todo el territorio nacional. Se trata de un mínimo común denominador normativo en materia de programación docente, que afecta a los centros públicos y privados concertados, y que no resulta ajeno a las competencias estatales *ex* art. 149.1.30 CE.

Asimismo, la competencia estatal para dictar esa regulación encuentra también cobertura en el art. 149.1.18 CE respecto a los profesores que tengan la condición de funcionarios públicos, ya que lo son en el ámbito estatal en el sentido de que pueden prestar servicio en cualquier parte del sistema educativo. La competencia sobre las bases del régimen estatutario de ese personal permite al Estado regular sus

derechos y deberes, entre los cuales se encuentra la fijación de la jornada de trabajo. El establecimiento de un mínimo de horas lectivas y de un máximo de compensación con horas complementarias del exceso de docencia que pueda impartir el profesorado se justifica en el logro de una homogeneidad fundamental en un aspecto sustancial del régimen funcional del colectivo docente.

Además, el carácter mínimo de la regla establecida en el cuestionado art. 3 (o de máximo, en el caso de las horas complementarias con que se compensa el posible exceso lectivo), así como el margen de organización y concreción del total de la dedicación del profesor, cuya carga lectiva podría incluso aumentarse, permiten apreciar que el precepto impugnado no cierra a las comunidades autónomas toda posibilidad de desarrollo y aplicación de la normativa básica sobre la materia.

Por lo tanto, el art. 3 del Real Decreto-ley 14/2012, tanto en su apartado 1 como 2, es constitucional y tiene cobertura dentro de las competencias estatales sobre las normas básicas de desarrollo del art. 27 CE y sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos respecto al profesorado que tiene esta condición.

2.4. Por su parte, el art. 4 del Real Decreto-ley 14/2012 exige, también en el ámbito de la enseñanza no universitaria, una duración mínima de 10 días de las bajas de los profesores para poder recurrir al nombramiento de profesores interinos para su sustitución. En consecuencia, los centros docentes sostenidos con fondos públicos deberán atender con su propia plantilla todo tipo de bajas laborales, permisos, licencias o supuestos análogos de duración inferior a 10 días, sin posibilidad de contratación adicional de personal. La redacción de este precepto ha cambiado en virtud de la disposición final 15ª de la Ley 48/2015 de presupuestos generales del Estado para el año 2016. En cualquier caso, esta modificación legal no elimina el objeto de la presente controversia y nos obliga a pronunciarnos sobre su cobertura competencial.

En este sentido, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias señaló que lleva años regulando la organización de los centros y las sustituciones del profesorado mediante instrucciones aprobadas por resolución de la Consejería competente en la materia. Sin embargo, esas disposiciones administrativas no forman parte del canon de constitucionalidad que debe aplicar este Tribunal, de manera que la cuestión decisiva es valorar si el Estado puede imponer una duración mínima de las situaciones de ausencia del profesorado a efectos de proceder a su sustitución.

Así, conforme a la STC 26/2016, el legislador estatal ha querido establecer una norma para regular el proceso de sustituciones docentes por parte de los centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos, regulación que repercute en la contratación de profesorado interino y, por lo tanto, en la prestación del servicio público educativo. La norma, respecto del vacío temporal en la impartición de docencia, se incardina así en el art. 149.1.30 CE y persigue garantizar homogeneidad en el proceso de sustitución del profesorado al establecer esta regla básica relativa a los recursos humanos disponibles. De este modo, ella se encuentra entre las medidas que puede establecer el legislador estatal como norma básica a efectos de determinar y hacer efectivo el nivel prestacional de la enseñanza financiado con fondos públicos. Es cierto que el Real Decreto-ley 14/2012 reduce en este punto las atribuciones que

correspondían a la comunidad autónoma, pero no las vacía de contenido, puesto que, respetando ese límite, puede seguir regulando las sustituciones de profesores, dado que el límite temporal de los 10 días puede entenderse como un plazo mínimo que no puede ser reducido por las administraciones educativas, por un lado, y no agota toda la regulación del régimen de sustituciones en caso de bajas del personal docente, por otro.

En definitiva, el art. 4 del Real Decreto-ley 14/2012 contiene una medida básica en materia de sustituciones del profesorado en la enseñanza no universitaria, que es constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 4529/2012, promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra los arts. 3 y 24 del Real Decreto-ley 14/2012 de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, sentencia nº 66/2016 del 14-4-2016, en <<http://hj.tribunal-constitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24923>>.



AUTONOMISMO. SEGURIDAD NACIONAL. DIVISIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL. CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (España).

1. Antecedentes del caso: el Gobierno de Cataluña promovió un recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 4.3, 15 c) y 24 de la Ley 36/2015 de seguridad nacional, al considerar que dichos preceptos vulneran los arts. 132 y 164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), que le atribuyen competencia en materia de emergencias, protección civil y seguridad pública y exceden la competencia estatal sobre seguridad pública del art. 149.1.29 de la Constitución española (CE).

El Abogado del Estado solicitó el rechazo del recurso y negó las vulneraciones denunciadas. Consideró que la seguridad nacional es una competencia nueva no prevista en el art. 149.1 CE ni en los Estatutos de Autonomía que corresponde al Estado en virtud de la cláusula residual del art. 149.3 CE. Sostuvo que, en todo caso, las competencias estatales en materia de defensa y seguridad pública (arts. 149.1.4 y 29 CE) amparan los preceptos impugnados.

2. Sentencia: se declara que el art. 24.2 de la Ley 36/2015 de seguridad nacional se compadece con la Constitución.

Se desestima el recurso en todo lo demás.

2.1. En primer lugar, este Tribunal debe resolver la solicitud de rechazo del recurso formulada por el Abogado del Estado.

Por una parte, lo tachó de infundado por prematuro. Sobre esto, este Tribunal tiene dicho que no es legítima la utilización del recurso de inconstitucionalidad para obtener declaraciones preventivas ante eventuales violaciones a la distribución de competencias que pongan a cubierto de aplicaciones contrarias al orden de competencias establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Sin

embargo, también ha expresado que estos defectos solo se pueden verificar caso por caso, en ocasión de examinar cada una de las impugnaciones, por lo que en ellas se rechaza el motivo de oposición al recurso cuando se plantea con carácter general. Tal criterio lleva a este Tribunal a rechazar la causa de inadmisibilidad alegada, sin perjuicio de que, al examinar cada uno de los preceptos recurridos, se valore si la impugnación tiene el carácter preventivo que se le reprocha.

Por otra parte, en relación con el art. 24 de la Ley 36/2015, alegó que la recurrente no ha cumplido su carga alegatoria. Sobre esto, este Tribunal ha dicho que en un proceso constitucional no cabe dar respuesta a impugnaciones globales carentes de una razón suficientemente desarrollada. El Tribunal advierte que si bien la accionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del art. 24 de la Ley 36/2015 en su totalidad, lo cierto es que el recurso se centra en el apartado 2 de dicho artículo, por lo cual en este proceso se abordará solamente esa impugnación, única sobre la que puede entenderse formulada la carga argumental mínima exigible. A ella se unirá el análisis de los otros dos preceptos impugnados, 4.3 y 15 c), respecto de los que no se aprecia causa de inadmisibilidad. Este Tribunal referirá su análisis solo a los artículos citados, cuya anulación concretamente solicita la recurrente, puesto que se tiene declarado que “el enjuiciamiento que se solicita [...] debe contraerse exclusivamente a los preceptos que se contienen en el suplico de la demanda” (SSTC 48/2013 y 203/2012), que “es la parte decisiva para reconocer y concretar el objeto de todo recurso” (SSTC 195/1998 y 201/2013).

2.2. Planteado el recurso en términos estrictamente de competencia, procede partir de la disposición final primera de la Ley 36/2015, que dice que la ley “se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.4 y 29 de la Constitución que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de defensa y Fuerzas Armadas y en materia de seguridad pública”.

El Abogado del Estado sostuvo que la seguridad nacional es una competencia nueva que corresponde al Estado en virtud de lo dispuesto por la cláusula residual del art. 149.3 CE, la cual ha sido interpretada tradicionalmente en forma restrictiva por este Tribunal, declarando que no es preciso acudir a dicho precepto cuando cabe entender que una competencia ha sido incluida en una u otros, mediante la utilización de “criterios interpretativos ordinarios”, que son los que atienden, por un lado, al sentido y finalidad propia con que los varios títulos de competencia se han recogido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y, por el otro, al carácter y objetivo predominante de las disposiciones impugnadas. En este caso, la aplicación de esos criterios interpretativos lleva a este Tribunal a concluir que la seguridad nacional está incluida, como dice expresamente la Ley 36/2015, en las competencias en las materias 4 y 29 del art. 149.1 CE.

La competencia exclusiva estatal en materia de defensa y fuerzas armadas (art. 149.1.4 CE), según el art. 8 CE, autoriza a actuar en defensa de la integridad territorial de España y del ordenamiento constitucional. En este sentido, el art. 2 de la Ley Orgánica 5/2005 de defensa nacional establece que la política de defensa tiene por finalidad proteger al conjunto de la sociedad española, su Constitución,

los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, el Estado social y democrático de derecho, el pleno ejercicio de los derechos y libertades, y la garantía, independencia e integridad territorial de España, y, asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España.

Respecto de la seguridad pública, el art. 104 CE dispone que la misión de las fuerzas y de los cuerpos de seguridad es proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Puede afirmarse que existe una coincidencia sustancial entre el sentido y finalidad de los títulos competenciales de las materias 4 y 29 del art. 149.1 CE y el concepto de seguridad nacional, definido en el art. 3 de la Ley 36/2015 como “la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”.

Por otra parte, siendo clara la competencia estatal tanto en materia de defensa como de seguridad pública, no tendría sentido que en un ámbito como la seguridad nacional, tan estrechamente vinculado a ambas hasta el punto de identificarse sus fines y objetivos y los bienes jurídicos protegidos en la forma indicada, la competencia estatal pasara a ser puramente residual. Así, la seguridad nacional no es una competencia nueva, sino que se integra en las competencias estatales de defensa y seguridad pública.

2.3. Los títulos competenciales que han de analizarse son los de las materias 4 y 29 del art. 149.1 CE, en que la Ley 36/2015 se ampara de forma expresa, en relación con los arts. 132 y 164 EAC, que la recurrente considera vulnerados.

El art. 132.1 EAC atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de protección civil y su art. 132.2 dispone que debe promover mecanismos de colaboración con otras Comunidades y con el Estado en casos de emergencias y protección civil que no solo afecten a Cataluña. Por su parte, el art. 164.1 EAC describe aspectos de la seguridad pública especialmente atribuidos a la Generalitat.

2.4. La recurrente considera que el art. 4.3 de la Ley 36/2015 invade sus competencias únicamente porque no reconoce a la Comunidad Autónoma participación alguna en la elaboración de la “estrategia de seguridad nacional”, pese a que tiene cuerpo de policía propio y ejerce funciones en materia de seguridad. El Abogado del Estado sostuvo, por su parte, que varios preceptos de la Ley 36/2015 recogen la participación de las Comunidades en esta materia, por lo que entiende que la pretensión del recurso es una innecesaria interpretación previsora del texto legal.

Al analizar la disposición cuestionada, se advierte que la recurrente no considera inconstitucional la estrategia de seguridad nacional tal y como está definida en la Ley ni la competencia del Estado para aprobarla, por lo cual no existe controversia en materia de competencia que deba analizarse a este respecto. De la misma forma, puesto que el Estado no niega que las Comunidades con competencia en materia de

seguridad pública hayan de participar en la elaboración de la estrategia de seguridad nacional, tampoco es necesario que se profundice en esta cuestión.

Únicamente, se examina si la Ley 36/2015 prevé la participación de las Comunidades en la elaboración del instrumento de planificación que nos ocupa, que les permita una intervención suficiente en el marco de sus competencias; en particular, en las vinculadas a la protección civil y a la policía autonómica. Este Tribunal concluye que la norma cuestionada no es ajena a la participación autonómica en la política de seguridad nacional y, particularmente, en la elaboración de la estrategia de seguridad nacional. Por el contrario, analizada la norma en su conjunto, se observa que contempla diversos mecanismos que aseguran dicha participación. Por tanto, debe dejarse sentado que las Comunidades pueden intervenir en la elaboración de la estrategia de seguridad nacional cuando afecta a su competencia. Así se infiere del hecho de que están presentes en el Consejo de Seguridad Nacional que aprueba las directrices en materia de planificación y estrategia, impulsa las revisiones de la estrategia de seguridad nacional y verifica su cumplimiento. También forman parte de la conferencia sectorial que articula las fórmulas de su participación en los instrumentos de planificación.

En relación con la regulación de la estrategia de seguridad nacional contenida en la Ley 36/2015, cabe destacar que pudiendo aquella afectar la competencia autonómica, como admiten las partes, las Comunidades Autónomas respectivas han de tener la posibilidad de participar en su elaboración, para lo cual la Ley 36/2015 arbitra mecanismos suficientes. El tenor del art. 4.3 de la Ley 36/2015 no excluye la intervención autonómica contemplada en otros preceptos y tampoco es constitucionalmente exigible que la deje expresamente a salvo. Por lo tanto, no se aprecia en este artículo vulneración alguna de la Constitución. Por lo dicho, se desestima el recurso contra el art. 4.3 de la Ley 36/2015.

2.5. Asimismo, se impugnó el art. 15 c) de la Ley 36/2015 (“corresponde al Presidente del Gobierno: c) Declarar la Situación de Interés para la Seguridad Nacional”), por entender que vulnera la competencia que le corresponde a Cataluña según los arts. 132 y 164 EAC, porque no contempla que la situación de interés para la seguridad nacional pueda ser declarada a petición del Presidente autonómico en los casos en que resulte singularmente afectada la Comunidad Autónoma. El Abogado del Estado, por su parte, afirmó que no es necesario violentar el texto de la Ley 36/2015 para concluir que una solicitud de dichas características sería objeto de una “cualificadísima valoración por parte de las autoridades del Gobierno”.

El planteamiento del recurso en este punto es, por lo tanto, muy similar al realizado frente al art. 4.3 de la Ley 36/2015. Nuevamente, no se pone en duda la competencia estatal para realizar la actuación en cuestión, pues el reproche de inconstitucionalidad se centra en el silencio del precepto sobre la participación autonómica en dicha actuación.

Del análisis conjunto de la regulación se concluye que las Comunidades Autónomas pueden instar la declaración de la situación de interés para la seguridad nacional, ya que la Ley 36/2015 contempla de forma expresa su participación en la gestión de la crisis desde las tempranas fases de prevención y detección, así como

su intervención en el Consejo de Seguridad Nacional. Por lo tanto, se rechaza la vulneración de la competencia alegada y se desestima el recurso interpuesto contra el art. 15 c) de la Ley 36/2015.

2.6. Finalmente, es objeto de recurso el art. 24 de la Ley 36/2015, si bien la impugnación se entiende limitada a su apartado 2.

La Generalitat considera que la obligación de poner a disposición sus recursos humanos y materiales que, durante la situación de interés para la seguridad nacional, impone a las autoridades competentes el art. 24.2 de la Ley 36/2015 invade sus competencias, pues puede incluir unidades y medios de la policía local y servicios de protección civil autonómicos. Especialmente, reprocha que el precepto no contemple fórmulas de colaboración y participación de la Generalitat que –afirma– deberían articularse a través de órganos como la Junta de Seguridad y el Consejo de Política de Seguridad. Por último, denuncia que no queda claro si con la declaración de la situación de interés para la seguridad nacional se asume el ejercicio de competencias que corresponden a las Comunidades. Frente a todo ello, el Abogado del Estado reiteró que la situación de interés para la seguridad nacional exige la coordinación reforzada de las autoridades competentes con el máximo respeto a la esfera competencial de las distintas administraciones.

Nuevamente, la controversia de competencias que se plantea en relación con el art. 24.2 de la Ley 36/2015 es limitada, en la medida en que la Generalitat no cuestiona que el Estado, en ejercicio de sus facultades en materia de defensa nacional y seguridad pública (arts. 149.1.4 y 29 CE), puede declarar una “situación de interés para la seguridad nacional”, cuya coordinación y dirección asume, en los términos que resultan de numerosos preceptos de la Ley 36/2015 no recurridos.

La situación de interés para la seguridad nacional no supone una alteración del esquema de competencias, ya que parte de la base de que cada Administración seguirá ejerciendo las propias. Por lo tanto, dado que se trata de afrontar la situación de crisis con las atribuciones y medios ordinarios, la obligación de aportar los recursos humanos y materiales necesarios a tal efecto –que el art. 24.2 de la Ley 36/2015 impone a las autoridades competentes en los casos de declaración de la situación de interés para la seguridad nacional– debe entenderse referida a los que sean precisos, durante dicha situación, para el ejercicio de las competencias de la Administración que ha de aportarlos. Además, del art. 24.1 e) resulta que la obligación de aportar recursos del art. 24.2 se circunscribe a los determinados en el real decreto de declaración de la situación de interés para la seguridad nacional, previstos de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de la Ley 36/2015, lo que supone su previa identificación y planificación por las administraciones afectadas. Así está establecido de acuerdo con las disposiciones contenidas a lo largo del articulado de la misma Ley 36/2015 (al respecto, arts. 27, 28, 29).

De esta manera, en el contexto legal, la obligación de aportar recursos humanos y materiales que el art. 24.2 de la Ley 36/2015 impone a las Administraciones competentes, entendida en el sentido expuesto, tiene encaje en las competencias estatales de defensa y seguridad pública de las materias 4 y 29 del art. 149.1 CE, que dan cobertura a la declaración de la situación de interés para la seguridad

nacional, pues es una manifestación del sistema de coordinación reforzada que se pretende lograr, dirigido a conseguir la acción conjunta de las autoridades en la gestión de una situación de crisis especialmente relevante y en el ejercicio de sus respectivas competencias. No se vulneran las competencias autonómicas sobre protección civil o seguridad pública puesto que, tal y como la situación de interés para la seguridad nacional aparece configurada, estas competencias siguen siendo ejercidas por las Comunidades Autónomas con sus propios recursos, si bien en el marco de una situación de mayor coordinación, justificada por la envergadura y relevancia de la crisis que debe afrontarse, la cual exige una movilización unitaria de los medios disponibles. Tampoco se vulnera la competencia de la Generalitat en materia de seguridad pública del art. 164 EAC, en particular en relación con la dirección de su propia policía. Si, como se viene indicando, la situación de interés para la seguridad nacional no excluye, sino que conlleva, la actuación de las distintas administraciones en el ejercicio de sus atribuciones ordinarias, la obligación de aportar recursos que el art. 24.2 contempla no impide el ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, que permanecen inalteradas. Esto es aplicable tanto a las funciones de los *mossos d'esquadra* definidas en el art. 164.5 EAC como a las competencias de la Generalitat sobre organización de sus propios servicios policiales (art. 164.1 EAC).

Por otra parte, debe dejarse sentado que de la obligación de aportar recursos humanos y materiales que establece el art. 24.2 de la Ley 36/2015 no resulta una adscripción de los *mossos d'esquadra* a las autoridades estatales. La adscripción supondría una asignación orgánica y permanente, incompatible con la competencia autonómica; mientras que la aportación de recursos que el precepto contempla se refiere a la situación de crisis que se trata de gestionar, que, por definición, será temporal. Así, el apartado c) del art. 24.1 de la Ley 36/2015, no recurrido, dispone que el real decreto que declare la situación de interés para la seguridad nacional debe definir su “duración y, en su caso, su posible prórroga”. Igualmente, el apartado d) del artículo 24.1, cuya inconstitucionalidad tampoco se argumenta, al referirse al posible nombramiento de una autoridad durante la situación de interés para la seguridad nacional, la califica expresamente como “autoridad funcional”, con competencias de “dirección y coordinación” de las actuaciones, competencias que han de entenderse en su sentido constitucional. No desvirtúa lo hasta aquí sentado el hecho de que el art. 29.2 de la Ley 36/2015, al regular la declaración de recursos para la seguridad nacional, utilice el término “adscripción”, pues dicho precepto –no recurrido– no permite deducir una adscripción orgánica como la que la Generalitat parece denunciar. Su correcta interpretación exige poner en relación el término controvertido con el mandato contenido en el mismo precepto, según el cual la adscripción de dichos recursos se realizará tal y como se establezca reglamentariamente, en coordinación con las Comunidades.

En cuanto a la supuesta inexistencia en la Ley 36/2015 de mecanismos de colaboración suficientes, en particular al ignorarse los órganos de coordinación ya existentes como el Consejo de Política de Seguridad y la Junta de Seguridad, el reproche se formula de manera genérica frente a preceptos no recurridos, lo que es suficiente para rechazarlo.

Por último, con respecto a la alegación relativa a la supuesta falta de claridad en relación con las consecuencias de la declaración de la situación de interés para la seguridad nacional, que se esgrime en relación con el art. 24.2 de la Ley 36/2015, este Tribunal concluye que se trata, en todo caso, de un defecto de técnica legislativa que no le corresponde enjuiciar y que además no sería imputable al precepto citado, sino al art. 23 de la Ley 36/2015, que es el que define la situación de interés para la seguridad nacional. Se reitera, no obstante, que la Ley 36/2015 configura la situación de interés para la seguridad nacional como un mecanismo de coordinación reforzada en el desempeño por cada Administración de sus atribuciones ordinarias, por lo que no altera el marco competencial.

En definitiva, el apartado 2 del art. 24 de la Ley 36/2015 no es inconstitucional, por lo que el recurso debe ser desestimado también en este aspecto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 7330-2015 promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los arts. 4.3, 15 c) y 24 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional, sentencia 184/2016 del 3-11-2016, en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25150>>.



DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD INDIRECTA. RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el 5 de marzo de 2008, el señor A. Mohamud, de origen somalí, estacionó su auto en una estación de servicio en Small Heath, Birmingham, para consultar si en el kiosco que allí funcionaba era posible imprimir unos documentos que tenía en su *pen-drive*. Uno de los empleados del kiosco, Amjid Khan, que se encontraba detrás del mostrador, le respondió: “Nosotros no hacemos esa mierda”. Mohamud protestó ante semejante respuesta, y Khan, haciendo uso de un lenguaje rudo, racista y amenazante, le ordenó que se retirara. Entonces, Mohamud se dirigió a su auto y Khan lo siguió. Antes de que Mohamud pudiera arrancar, Khan le abrió la puerta delantera del acompañante y le dijo en tono amenazante que no volviera nunca más. Mohamud le contestó que saliera del auto y cerrara esa puerta, pero Khan lo golpeó fuertemente en la sien. Mohamud apagó el motor y descendió del auto con el fin de dar la vuelta y cerrar la puerta del acompañante. En ese momento, Khan volvió a golpearlo en la cabeza, lo arrojó al piso, lo pateó y lo atacó a puñetazos, mientras Mohamud trataba de proteger su cabeza de los golpes. En cierto momento, el supervisor de Khan se hizo presente en el lugar tratando de detenerlo, pero Khan ignoró sus instrucciones. Lo cierto es que Mohamud no había hablado ni actuado de manera agresiva.

Mohamud demandó a la cadena de supermercados WM Morrison Supermarkets PLC, propietaria de la estación de servicio, imputándole responsabilidad indirecta por el accionar de Amjid Khan.

El tribunal de primera instancia consideró que la demandada no era responsable indirecto por la conducta de Khan, porque si bien este debía interactuar con los clientes del kiosco, ello solo implicaba servirlos y asistirlos. Asimismo, el tribunal aplicó el criterio establecido en *Lister v Hesley Hall Ltd* (2001) y en otros casos posteriores, como *Dubai Aluminium Co Ltd v Salaam* (2002), y decidió que no existía un nexo suficientemente estrecho entre el trabajo para el que Khan había sido empleado y su conducta ilícita como para que su empleador fuese considerado responsable indirecto. También llegó a la conclusión de que era evidente que Khan había resuelto salir de detrás del mostrador y seguir a Mohamud fuera del kiosco, contraviniendo las instrucciones que se le habían dado.

Por su parte, la *Court of Appeal* confirmó la sentencia de primera instancia fundándose en que las tareas de Khan estaban especificadas y que las mismas no incluían la posibilidad de confrontación ni de probables estallidos de violencia. Estimó que la circunstancia de que su empleo implicara una interacción con los clientes no era condición suficiente para que sus empleadores fueran considerados responsables por su accionar violento.

Mohamud, entonces, recurrió ante la Suprema Corte alegando que los jueces deberían aplicar un nuevo estándar de responsabilidad indirecta y reemplazar la doctrina del “nexo estrecho” por un análisis más amplio que considerara el “carácter representativo”. Alegó que en el supuesto de un acto ilícito cometido por un empleado, es razonable considerar que el empleado está actuando en ese momento en carácter de representante de su empleador. Agregó que una empresa debería ser responsable por los actos de su personal. En efecto, en el presente caso, Khan era un representante de la empresa en cuanto al trato dispensado a los clientes. Afirmó que no solo resultaba relevante el estrecho nexo que debía existir entre las tareas que Khan debía cumplir para su empleador y su conducta ilícita, sino también el ambiente que el empleado había generado gracias a que el empleador lo había colocado en contacto y en proximidad física con Mohamud.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto.

En el caso *Lister*, la Cámara de los Lores ya había abordado el problema de aplicar la doctrina de la responsabilidad indirecta al encargado de una residencia de alumnos pupilos que había abusado sexualmente de los niños que tenía a su cuidado. La Cámara de los Lores en aquel entonces llegó a la conclusión de que los empleadores del encargado debían considerarse responsables indirectos porque habían asumido el cuidado de los niños a través de la persona del encargado, quien había abusado de ellos, y que, en consecuencia, existía un nexo estrecho entre el empleo de este y sus actos ilícitos. El encargado tenía el deber de cuidar a los niños, y la circunstancia de que abusara de ellos no creaba una ruptura con su empleo. Se le había confiado la responsabilidad del cuidado de los niños y resultaba justo que sus empleadores fueran responsables por la manera en que se había comportado con ellos en su calidad de encargado de la residencia.

El criterio seguido en *Lister* fue aplicado en muchos casos posteriores, incluso en instancias superiores. En el presente caso, esta Corte debe tomar en consideración dos cuestiones. La primera se vincula a la determinación de las funciones o del tipo

de actividades que los empleadores habían encomendado al empleado. La segunda consiste en determinar si existió un nexo suficiente entre el cargo para el que Khan fue empleado y su conducta ilícita que permita llegar a la conclusión de que es justo considerar responsable al empleador.

Lo cierto es que el empleo de Khan consistía en atender a los clientes y responder a sus consultas. Su modo rudo de responder a la pregunta del cliente y la orden de que se retirara resultan injustificables, pero se enmarcan en el “tipo de actividades” que le fueron encomendadas.

En las instancias previas, la demandada contó con la anuencia del juez cuando alegó que cualquier nexo significativo entre el empleo de Khan y su comportamiento hacia el cliente había cesado en el momento en que Khan había salido de detrás del mostrador y seguido al cliente que se encaminaba hacia su auto. Esta Corte, sin embargo, disiente con dichos argumentos por dos motivos: en primer lugar, porque es incorrecto considerar que Khan metafóricamente se quitó su uniforme de trabajo en el momento de salir de detrás del mostrador; por el contrario, su actitud fue la de continuar con lo que le había dicho al cliente. En segundo lugar, cuando Khan siguió al cliente hasta el auto y abrió la puerta del acompañante, volvió a decirle en tono amenazante que no volviera nunca más a la estación de servicio. Este no fue un hecho personal entre ellos, sino que fue una orden para que el cliente se mantuviera alejado del predio perteneciente a su empleador, la cual fue rematada con el uso de violencia. Al dar esa orden, Khan pretendió actuar en nombre del negocio de su empleador, circunstancia que redundó en un abuso de su cargo. Sus empleadores le encomendaron ese cargo y por ello es justo considerarlos responsables por el abuso que su empleado hizo del mismo.

Los motivos del comportamiento de Khan son irrelevantes. Resulta obvio que el móvil fue su racismo personal más que un deseo de beneficiar el negocio de su empleador.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Mr A M Mohamud (in substitution for Mr A Mohamud (deceased) (Appellant) v WM Morrison Supermarkets plc (Respondent)*, sentencia del 2-3-2016, en <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0087-judgment.pdf>>.



DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. DERECHO A NO SER PRIVADO DEL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD. **HÁBEAS CORPUS.** PROCEDENCIA (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Carlos Alexander Gabe Villaverde interpuso una acción de hábeas corpus contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) para que se restituya su inscripción y se expida a su favor el DNI n.º 10.527.323 en el Registro Único de Personas Naturales. Afirmó que el Reniec había cancelado el mencionado documento sin fundamento legal alguno, pues la inscripción se encontraba debidamente acreditada con su partida de nacimiento, inscripta de manera ordinaria el 13 de abril de 1977. Alegó la afectación de su

derecho a no ser privado del DNI. Explicó que, como consecuencia de lo anterior, se encuentra en situación de indocumentado y que, pese al reiterado requerimiento para que se le restituya dicha inscripción, el Reniec se niega a hacerlo.

Gabe Villaverde agregó que su DNI guarda relación con otros documentos, tales como la libreta militar, la ficha única de matrícula del Ministerio de Educación, los certificados de trabajo y de antecedentes penales y judiciales, así como las partidas de su matrimonio y de nacimiento de sus hijos. Expuso que, al no poseer DNI, no podía tramitar su pasaporte, que necesitaba de modo urgente para viajar porque su madre estaba enferma en el extranjero. Ante esa situación, se registró con el nombre de Carlos Oniel Tanamachi Villaverde en la Municipalidad Distrital de Carabayllo y obtuvo el DNI n.º 10.217.697. Sin embargo, luego de obtener ese documento y el pasaporte, nunca utilizó dicha identidad.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Reniec expresó que el accionante, al tramitar y obtener una segunda e ilegal identidad, había ingresado en el territorio de la criminalidad, ya que produjo distorsiones en los registros de identificación de las personas naturales con potencial defraudatorio en la vida relacionada con el colectivo social. Afirmó que el Reniec había notificado a Carlos Oniel Tanamachi Villaverde y/o Carlos Alexander Gabe Villaverde a fin de que presentara sus descargos respecto de su múltiple inscripción, y que, vencido el plazo, había determinado que el titular de la inscripción 10.217.697 había obtenido una segunda inscripción de manera irregular. Añadió que, al estar restringida la inscripción 10.527.323, Gabe Villaverde había sido exhortado por el Reniec para que tramitara su reinscripción acogiéndose al ítem 2 del Texto Único de Procedimientos Administrativos Institucional, pero que ello no había ocurrido hasta entonces, por lo que el propio ciudadano venía generando este estado con su omisión. Finalmente, sostuvo que el derecho a la identidad se encuentra sujeto a un procedimiento que no priva al accionante de su ejercicio ni lo obstaculiza, sino que busca viabilizar y materializar dicho derecho.

El Juzgado Especializado en lo Penal de Lima n.º 48 declaró improcedente la demanda. Estimó que el Reniec había actuado de acuerdo a sus facultades, aplicado la normativa pertinente y dejado a salvo el derecho de Gabe Villaverde para que lo hiciera valer de acuerdo a ley y ante la instancia correspondiente, esto es, para que procediera a su reinscripción en el Registro Único de Personas Naturales. El juzgado advirtió que el recurrente obtuvo el DNI 10.217.697 el 2 de junio de 1994 y que el DNI 10.527.323, tramitado el 18 de diciembre de 1995, fue cancelado por el Reniec.

La Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó esta resolución, ya que consideró que la segunda inscripción había sido cancelada por la causal de múltiple inscripción o identidad y que el apelante había sido notificado de ello. La Sala entendió que el Reniec había actuado de manera diligente en atención a los documentos que el mismo accionante había presentado.

Entonces, Gabe Villaverde presentó un recurso de agravio constitucional en el que alegó encontrarse privado de tener su DNI y que la resolución que canceló su DNI 10.527.323 es ilegal, ya que dicha inscripción fue extendida a nombre de Carlos

Alexander Gabe Villaverde al amparo de su partida de nacimiento, documento que comprueba su nacimiento y lo reconoce como persona. Precisó que la inscripción de su nacimiento, con el nombre de Carlos Alexander Gabe Villaverde, tuvo lugar el 13 de abril de 1977 e indicó que, por ser la primera, tiene prevalencia. Por eso, el Reniec no podría disponer su cancelación, más aún si la identidad de Carlos Oniel Tanamachi Villaverde nunca fue utilizada.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda presentada por Carlos Alexander Gabe Villaverde contra el Reniec, por haberse vulnerado el derecho a la identidad personal, consagrado en el art. 2, inc. 1, de la Constitución Política del Perú (CP). En consecuencia, se ordena a la entidad emplazada que habilite nuevamente la inscripción correspondiente a “Carlos Alexander Gabe Villaverde” y le otorgue su DNI.

2.1. La CP establece expresamente en su art. 200, inc. 1, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. A su vez, el Código Procesal Constitucional (CPC) establece, en su art. 25, inc. 10, que el proceso constitucional de hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser privado del DNI.

El ejercicio y el goce de una multiplicidad de derechos fundamentales dependen de la existencia y disposición del DNI. El presente hábeas corpus tiene por objeto hacer cesar la situación de indocumentado de una persona; ello así, pues el DNI 10.527.323 a nombre de Carlos Alexander Gabe Villaverde se encuentra cancelado en el archivo magnético del Registro Único de Personas Naturales de la citada entidad, mientras que el DNI 10.217.697 a nombre de Carlos Oniel Tanamachi Villaverde carece de validez por caducidad.

2.2. El DNI tiene una doble función: por un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, por otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la CP, así como para el desarrollo de actividades comerciales y trámites judiciales o personales. Por tal motivo, cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación o supresión de tal documento, no solo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura (por ejemplo, el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala).

2.3. Se aprecia que el Reniec, en un primer momento, dispuso cancelar la segunda inscripción con el argumento de la causal de múltiple inscripción de identidad y mantener la plena vigencia de la inscripción a nombre de Carlos Oniel Tanamachi Villaverde. En efecto, el accionante había obtenido dos inscripciones de actas de nacimiento diferentes ante el Registro Civil, bajo distintos nombres. Posteriormente, ante el Registro Electoral había realizado los trámites para la

obtención de los correspondientes DNI. Sin embargo, en un segundo momento, el Reniec observó y dejó en suspenso la identidad del demandante. Por lo tanto, ambos DNI se encuentran invalidados por dicho organismo, es decir que, actualmente, el apelante se encuentra privado de un DNI.

El art. 77 del Decreto Ley 14207 establece: “En caso de que un ciudadano se hubiera inscrito más de una vez en el Registro Electoral, sólo la primera inscripción conservará su validez, cancelándose todas las demás”. Por ello, la entidad canceló la inscripción de la ficha de número 10.527.323 y el nombre del recurrente, Carlos Alexander Gabe Villaverde, y mantuvo (aunque solo temporalmente) la ficha de inscripción 10.217.697, sin que previamente verificara la antigüedad de la identidad del actor conforme a las partidas de nacimiento que fueron emitidas a su favor.

A juicio de este tribunal, el Reniec debió haber tomado en consideración un documento esencial: la partida de nacimiento, a través de la cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles, se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana. En el presente caso, resulta ser el acta de nacimiento del accionante con mayor antigüedad que obra en el expediente de autos, del 13 de abril de 1977, que consigna el nombre inicial y constitutivo de su identidad como Carlos Alexander Gabe Villaverde.

Así, el nombre mediante el cual el apelante ha desarrollado y ejercido su identidad, efectivamente, es Carlos Alexander Gabe Villaverde. Sin embargo, de autos se advierte la existencia de actos administrativos que privaron de su identidad real al actor y vulneraron este derecho. Por eso, a fin de restablecer el derecho a la identidad del accionante, se anula tanto la resolución AFIS 1034-2010/GRI/SGDI/RENIEC, del 26 de noviembre de 2010, como la resolución 819-2011/GPRC/SGDRC/RENIEC, del 14 de julio de 2011.

Esto se ve consolidado por la identidad que el recurrente ha desarrollado y ejercido bajo el nombre de Carlos Alexander Gabe Villaverde, inclusive realizando actos frente a diferentes entidades y representantes de la Administración Pública, como su matrimonio y el reconocimiento de sus hijos. De este modo, queda manifiesta la plena realización del derecho a la identidad, que ninguna autoridad en el ejercicio de sus funciones puede desconocer.

Cabe precisar que este tribunal no desconoce las competencias con que cuenta el Reniec para efectuar fiscalizaciones en los registros. Sin embargo, en correspondencia con el carácter urgente de los procesos constitucionales que tienen por finalidad la tutela efectiva de los derechos constitucionales, como es este caso, y al haberse comprobado la afectación del derecho a la identidad personal del accionante (consagrado en el art. 2, inc. 1, CP), toda vez que las inscripciones en el Reniec se encuentran invalidadas, se requiere el cese inmediato de dicha afectación.

Finalmente, respecto de los argumentos del Reniec, si bien es cierto que el apelante puede activar el procedimiento administrativo respectivo para tramitar el DNI que corresponde a la inscripción 10.217.697, o recurrir a la vía judicial ordinaria a efectos de promover un proceso donde se evalúen las dos partidas de nacimiento con las que cuenta y se determine su identidad, ello no impide la actuación

de oficio de la Administración Pública, ya que el procedimiento administrativo sirve para la protección del interés general y garantiza los derechos e intereses de los administrados, entre los que se encuentra el derecho a la identidad. Así, como al Reniec le corresponde la responsabilidad de llevar los registros de estado civil, debe velar por la corrección y autenticidad de aquellos y respetar siempre el derecho fundamental a la identidad de los administrados, que se acredita mediante el DNI, sin que sea necesaria la intervención de la parte interesada. Tampoco puede establecer limitaciones irrazonables o pagos previos de aranceles o derechos administrativos, dado que el ejercicio del derecho a la identidad no puede estar sujeto a condicionamientos ni al desembolso de dinero alguno, ni a trámites que duren más de lo razonable, razón por la cual el alegato de este organismo carece de sustento jurídico.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, exp. 00388-2015-PHC/TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por Carlos Alexander Gabe Villaverde, sentencia del 19-7-2016, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00388-2015-HC.pdf>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **FAMILIA. UNIÓN CIVIL.** EXCLUSIÓN DE PAREJAS HETEROSEXUALES PARA REGISTRAR UNA UNIÓN CIVIL (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: Helga Razenböck y Martin Seydl son ciudadanos austríacos y desde hace muchos años conviven en forma estable en la ciudad de Linz. En febrero de 2010, presentaron una solicitud para registrar una unión civil con arreglo a la Ley de Unión Civil (Ley), que fue rechazada por el intendente con base en que la unión civil está reservada únicamente para las parejas homosexuales.

Los solicitantes, entonces, invocaron, entre otros, los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) para denunciar un acto de discriminación basado en su orientación sexual.

El gobernador regional de Alta Austria rechazó la apelación en razón de lo resuelto en el caso *Schalk and Kopf v. Austria* por la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), afirmando que, dado que los Estados Contratantes tienen derecho a restringir el acceso al matrimonio a las parejas heterosexuales, no resulta irrazonable reservar el acceso a las uniones civiles exclusivamente a las parejas homosexuales.

Los solicitantes, entonces, interpusieron recursos ante el Tribunal Administrativo y ante el Tribunal Constitucional, alegando que el matrimonio no es una opción adecuada para ellos por ser substancialmente diferente a la unión civil. Estiman que esta última institución es, en muchos aspectos, más moderna y “menos pesada” que el matrimonio. Asimismo, alegaron que las consideraciones que la Corte había hecho en *Schalk and Kopf* en relación con el matrimonio no eran aplicables a la unión civil, que es un instituto jurídico nuevo, introducido en el siglo XXI. En septiembre de 2011, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso interpuesto, y el Tribunal Administrativo hizo lo propio en febrero de 2013.

Ratzenböck y Sendl, entonces, recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos invocando la violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención por haber sido discriminados con base en su sexo y orientación sexual, al habérseles negado el acceso a la unión civil, institución jurídica exclusivamente reservada a las parejas homosexuales.

2. Sentencia: por 5 votos contra 2, se declara que no ha habido una violación del art. 14 de la Convención en conjunción con el art. 8.

En primer lugar, esta Corte debe examinar si, en términos del art. 14 de la Convención, los recurrentes se encontraban en una situación comparable a la de las parejas homosexuales que tienen acceso a las uniones civiles y, en caso afirmativo, si las diferencias de trato estaban justificadas.

Es indudable que, en principio, las parejas heterosexuales se encuentran en una posición similar o comparable a la de las homosexuales en cuanto a su necesidad de protección y de reconocimiento jurídico de su relación.

La exclusión de las parejas heterosexuales de la unión civil debe ser examinada a la luz del marco legal general que rige el reconocimiento jurídico de las relaciones. En efecto, la unión civil fue introducida como alternativa al matrimonio a fin de poner a disposición de las parejas homosexuales —excluidas del matrimonio— una institución substancialmente similar en términos de reconocimiento jurídico. En efecto, está destinada a contrarrestar la exclusión de las parejas homosexuales del reconocimiento jurídico de su relación existente antes de su entrada en vigor en 2010.

En el caso *Schalk and Kopf*, esta Corte destacó que la Ley otorgó a la pareja homosexual allí recurrente la posibilidad de obtener un estatus jurídico igual o similar en muchos aspectos al matrimonio. Por ello, las instituciones del matrimonio y de la unión civil son esencialmente complementarias en el derecho austríaco. Por otra parte, después de la sentencia de esta Corte en dicho caso, los marcos legales que rigen el matrimonio y la unión civil fueron armonizados y actualmente no revisten diferencias sustanciales.

Lo cierto es que en el presente caso, la pareja heterosexual recurrente tiene acceso al matrimonio y esto satisface —contrariamente a lo que sucedía con las parejas homosexuales antes de la aprobación de la Ley— su necesidad de reconocimiento jurídico. Su oposición al matrimonio se basa en la consideración de que la unión civil es una institución más moderna y “menos pesada”. Sin embargo, no han declarado haber sido afectados por diferencia jurídica alguna entre ambas instituciones.

Por ello, esta Corte considera que los recurrentes, en tanto pareja heterosexual que tiene acceso a la institución del matrimonio y que ha sido excluida de la unión civil, no se encuentran en una situación similar o comparable a la de las parejas homosexuales que, de conformidad con la legislación en vigor, no tienen derecho a contraer matrimonio y, por ello, necesitan de la unión civil como alternativa para el reconocimiento jurídico de su relación.

Nota de Referencia Extranjera: ver reseña del fallo *Schalk and Kopf v. Austria*, CEDH, sentencia del 24-6-2010, en *Investigaciones* [2011], pp. 207-209.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Ratzenböck and Seydl v. Austria*, sentencia del 26-10-2017, en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177916>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **HOMOSEXUALES. MATRIMONIO.** MATRIMONIO IGUALITARIO. **SEGURIDAD SOCIAL.** DERECHOS DERIVADOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. INSCRIPCIÓN DEL CÓNYUGE COMO DERECHOHABIENTE. DENEGACIÓN. **SALUD.** DERECHO A LA SALUD. **DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. DIGNIDAD HUMANA** (MÉXICO).

1. Antecedentes del caso: una trabajadora de la Unidad de Integración Educativa del Estado de Nuevo León, afiliada al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), contrajo matrimonio civil bajo el régimen de sociedad conyugal. Días después, solicitó la inscripción de su cónyuge como derechohabiente al Departamento de Afiliación y Prestaciones Económicas de dicho Instituto. La Subdirección de lo Consultivo del ISSSTE comunicó que no era jurídicamente posible atender las solicitudes de incorporación de matrimonios o concubinatos entre personas del mismo sexo, a menos que así lo ordenara una autoridad judicial o se modificara la Ley del ISSSTE, por lo cual el pedido fue denegado.

La peticionaria y su cónyuge promovieron entonces un amparo indirecto. Señalaron como derechos violados los garantizados en los arts. 1, 4, 14, 16 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CP), sosteniendo que: (i) los arts. 6 (fracción XII, inciso a), 39, 40, 41 (fracción I), 131 y 135 (fracciones I y II) de la Ley del ISSSTE, así como la negativa de inscripción reclamada violan el derecho a la protección de la familia (art. 4 CP), a la seguridad social (art. 123, apartado B, fracción XI, inc. d) CP), y el principio de no discriminación por razón de preferencia sexual (art. 1, párr. 5° CP). Alegaron que si bien el contenido de dichas normas constitucionales demuestra que se protege a la familia y a las parejas constituidas a través del matrimonio o del concubinato, en las normas impugnadas el legislador discrimina a las parejas homosexuales; (ii) las normas cuestionadas generan discriminación con base en la orientación sexual –pese a que en términos del art. 1 CP esto se encuentra prohibido–, lo que genera desigualdad entre sujetos con iguales derechos; (iii) la ley restringe el acceso a los derechos generados por prestaciones sociales a partir de la orientación sexual, exclusión que no persigue un fin constitucionalmente válido. Además, la medida adoptada no es necesaria ni es la menos gravosa, por lo que las normas impugnadas devienen inconstitucionales; (iv) la negativa de inscripción es ilegal, máxime cuando la autoridad tenía la obligación de interpretar las normas relativas a derechos humanos de conformidad con la Constitución Federal y los tratados internacionales, otorgando en todo momento a las personas la protección más amplia.

El Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa en Nuevo León hizo lugar al amparo. Advirtió que del análisis sistemático de los preceptos impugnados surge el reconocimiento de diversos derechos de los trabajadores

o pensionados respecto de los cónyuges y los hijos menores de 18 años, pero partiendo siempre de una dualidad entre varón y mujer, trabajador/a o pensionado/a con relación al primero; es decir, las normas cuestionadas solo reconocen relaciones entre el varón y la mujer, pero no a parejas del mismo sexo. El tribunal no encontró justificación para excluir el derecho a la salud por el hecho de que el trabajador y su pareja tengan el mismo sexo. Expuso que el matrimonio de personas del mismo sexo se encuentra reconocido en diversas normas del país y que las accionantes habían acreditado debidamente su unión matrimonial. Por ende, decidió que la autoridad había debido reconocer el derecho de la trabajadora a incorporar como derechohabiente del Instituto demandado a su cónyuge. Juzgó también que los preceptos denunciados vulneran el derecho a la igualdad jurídica y no discriminación reconocidos en los arts. 1 y 4 CP, por lo que negar a las accionantes los beneficios tangibles e intangibles que les corresponden a las parejas heterosexuales a través del matrimonio y concubinato implica indefectiblemente un trato discriminatorio. Por todo ello, hizo lugar al amparo, para que las autoridades responsables desincorporaran de la esfera jurídica de las accionantes la restricción de género prevista en las normas impugnadas para obtener los servicios y beneficios de la seguridad social que prevén los dispositivos para una pareja heterosexual y, consecuentemente, dejen sin efectos el acto de aplicación de las normas cuestionadas.

El Presidente de la República interpuso un recurso de revisión contra dicha sentencia.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito se declaró incompetente para ejercer el control de constitucionalidad planteado y dejó a salvo la jurisdicción originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. Sentencia: se confirma la sentencia recurrida y se concede la protección constitucional en términos de lo considerado por el juez de distrito.

2.1. Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer en estos autos. Por otra parte, el recurso de revisión es procedente en virtud de que fue interpuesto contra la resolución dictada en la audiencia constitucional de un amparo indirecto en materia administrativa, especialidad de esta Sala, en el que se planteó la inconstitucionalidad de los arts. 6 (fracción XII, inciso a), 39, 40, 41 (fracción I), 131 y 135 (fracciones I y II), todos de la Ley del ISSSTE.

2.2. Del análisis del caso, se concluye que: (i) la CP reconoce el principio de igualdad, que garantiza a los gobernados la igualdad ante la ley, evitando cualquier clase de discriminación derivada del establecimiento de una categoría sospechosa; (ii) al crear una norma jurídica, el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, pero también está sujeto a ciertos límites impuestos, entre otros, por el principio de igualdad y no discriminación; (iii) el derecho a la seguridad social de los trabajadores que están al servicio del Estado está previsto en el art. 123 (apartado B, fracción XI) CP, que extiende ese derecho a

los familiares de estos en los términos que establezcan las leyes; *(iv)* el acceso a los derechos derivados de la seguridad social debe otorgarse sin ningún tipo de discriminación; *(v)* el art. 4 CP protege en forma amplia a la familia, pero sin que ello dependa de un modelo o forma determinado de familia; *(vi)* el acto jurídico del matrimonio es una forma de constituir una familia, por lo que el legislador debe regularlo sobre la base de que no existe un modelo de familia constitucional y que no puede establecer figuras, requisitos o condiciones que impliquen alguna forma de discriminación con base en categorías sospechosas; *(vii)* tanto esta Corte como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que el matrimonio igualitario reconoce el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y a la familia; *(viii)* los actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas y realizados en una entidad federativa determinada deben ser reconocidos por el resto de los estados y por la Federación y sus autoridades; y *(ix)* el matrimonio es fuente de diversos derechos en materia de seguridad social para los familiares del trabajador, sin que sea permisible condicionar el acceso a esos derechos por motivos de orientación sexual derivados de reconocer un modelo determinado de familia.

Siendo así, puede concluirse que en términos de los artículos 1, 4 y 123 CP, los derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la no discriminación imponen al Estado y a sus autoridades el deber de realizar actos positivos que procuren el acceso a los derechos de la seguridad social sin restringir o condicionar ese acceso a requisitos que impliquen alguna forma de discriminación. Por ende, tratándose del derecho a la seguridad social de los familiares de los trabajadores, estos podrán gozar de los correlativos, sin que a tal efecto sean determinantes o deba atenderse a aspectos como el género o la orientación sexual, pues de esa manera se fortalece el derecho a la dignidad de la persona y a la no discriminación.

2.3. Establecido lo anterior, procede analizar si las normas impugnadas establecen una categoría sospechosa que restringe el acceso a los derechos de la seguridad social derivados del vínculo matrimonial y, por tanto, generan discriminación al propiciar un trato desigual entre los sujetos a quienes se dirigen.

Del estudio de las normas cuestionadas, se advierte que: *(i)* se reconoce que los familiares del/de la trabajador/a tienen derecho a las prestaciones, beneficios y derechos de la seguridad social; *(ii)* se reconoce como familiares del/de la trabajador/a, pensionado/a o asegurado/a con derecho a los beneficios derivados de la seguridad social a su cónyuge y, a falta de este/a, al varón (cuando se trate de mujer trabajadora o pensionada), o bien a la mujer (tratándose de hombre trabajador o pensionado) y, a falta de este/a, a la persona con quien el trabajador/a o pensionado/a tuviera hijos/as; *(iii)* entre los derechos otorgados a los familiares del derechohabiente están el de asistencia obstétrica, capacitación y fomento para la lactancia materna, reposos extraordinarios, canastilla de maternidad, servicios del seguro de salud y el pago de pensiones; *(iv)* el otorgamiento de esos derechos para los causahabientes está condicionado a fórmulas integradas por un sujeto de sexo masculino y otro de sexo femenino, es decir, los derechos precisados se otorgan siempre que se trate de parejas heterosexuales; por ende, cuando el derechohabiente es del mismo sexo que el/la

trabajador/a, no existe posibilidad de otorgamiento y reconocimiento de los derechos de seguridad social precisados.

2.4. Del contenido de los preceptos impugnados, se destaca la redacción utilizada por el legislador al emplear términos como “cónyuge”, “trabajador”, “trabajadora”, “pensionado”, “pensionada”, “concubina” y “concubinario”. Entre ellos, el legislador utilizó la palabra “cónyuge”, que denota una neutralidad en el sexo del sujeto, dado que no hizo ninguna distinción mediante el uso de los artículos “la” o “el”. Sin embargo, esa palabra no fue la única utilizada; también se utilizaron otras para referirse a los eventuales destinatarios de las normas, en las cuales se hizo una distinción en razón del sexo. Cabe precisar que la utilización de palabras o voces masculinas dan una idea de generalidad sin distinción de género, por lo cual la descripción normativa resulta neutra. En cambio, cuando se utilizan voces que incluyen morfemas flexivos tanto masculinos como femeninos (como en las normas impugnadas), si bien el mensaje transmitido genera la idea de inclusión, también ocurre que al distinguir entre uno y otro, puede concluirse en un tipo de distinción.

Al respecto, esta Corte ha establecido que, en principio, el uso de vocablos neutros en la norma no genera discriminación. Sin embargo, es posible que el resultado de la aplicación de la norma se traduzca en alguna forma de discriminación, lo cual denota que, en esos casos, aunque se haya recurrido formalmente a un vocablo neutro, la interpretación y aplicación del texto normativo invariablemente conduce a generar desigualdades, por lo que el uso del vocablo neutro no es un elemento determinante *a priori* de la no discriminación generada a causa del precepto legal.

Así, la utilización de morfemas flexivos que incorporan el sexo a la raíz de las palabras usadas en la norma conduce a concluir que la intención del legislador fue distinguir entre el sexo de los sujetos a quienes resulta aplicable la norma.

Ciertamente, en las normas cuestionadas el legislador estableció diversas fórmulas que entrañan vínculos entre personas de diferente sexo; es decir, las normas tildadas de inconstitucionales están referidas a un modelo determinado de familia, en razón del género u orientación sexual de sus integrantes. Basta precisar el contenido del art. 41 (fracción I) de la Ley del ISSSTE, que reza: “El cónyuge, o a falta de éste, el varón o la mujer con quien, la Trabajadora o la Pensionada con relación al primero, o el Trabajador o el Pensionado, con relación a la segunda...”.

Si bien es cierto que la palabra “cónyuge” se utilizó en forma neutral, también lo es que el contexto en el cual se empleó está condicionado a un modelo de familia en el cual los cónyuges son de distinto sexo, máxime cuando, de lo contrario, no existiría razón para que se haya negado a las accionantes el registro e inscripción solicitados. Como puede apreciarse, las normas impugnadas condicionan el acceso a los derechos de la seguridad social con base en fórmulas construidas respecto de relaciones afectivas o de familia entre personas de sexo opuesto; es decir, conforme a esos preceptos legales, para acceder a los diversos beneficios y derechos de la seguridad social, es necesario que la relación afectiva que genera el vínculo familiar se origine entre un hombre y una mujer.

2.5. El legislador tiene un deber de cuidado respecto del contenido de la terminología empleada. El alcance de ese deber exige que en la formulación de normas jurídicas la utilización de las palabras empleadas en un contexto determinado no genere imprecisiones que eventualmente se traduzcan en interpretaciones discriminatorias. En el caso bajo estudio, esa obligación de cuidado no fue debidamente atendida; aunque el legislador usó palabras neutras, también utilizó otros elementos que, en su conjunto, conducen a contextualizar la norma como discriminatoria. Ello se encuentra acreditado, pues con base en el contenido de las normas que se analizan, las autoridades del ISSSTE negaron la inscripción y registro solicitados al estimar que, por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo, el caso no está contemplado en el supuesto previsto por el legislador. Aunado a lo anterior, los preceptos analizados distinguen implícitamente entre las personas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo, provocando que las segundas no tengan acceso a la seguridad social, lo cual está basado en una categoría sospechosa, ya que el acceso a la seguridad social se apoya en la orientación sexual de las personas, siendo esto a todas luces inconstitucional.

Debe tenerse presente que en términos del art. 1 CP, existe igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y está prohibida cualquier distinción basada en el género, sexo u orientación sexual de la persona. Además, el art. 4 CP reconoce y protege la institución de la familia, sin que ello deba entenderse dirigido a un modelo determinado de familia. Es decir, tal precepto reconoce los vínculos afectivos y familiares creados tanto entre personas de sexo opuesto como entre personas del mismo, e incluso la familia monoparental. Sobre esa base, no existe justificación jurídica para que las normas impugnadas condicionen el acceso a los derechos de la seguridad social a un modelo de familia o vínculos afectivos en el cual las personas que los forman sean de sexo opuesto. Por ende, la medida legislativa desatiende lo previsto en los citados preceptos constitucionales al generar desigualdad de trato y estar sustentada en conceptos que desconocen otras formas de relaciones afectivas, lo cual genera discriminación.

2.6. Además, en términos del art. 121 (fracción IV) CP, los actos relacionados con el estado civil de las personas realizados en una entidad federativa determinada deben ser reconocidos por otras entidades y por la Federación y sus autoridades. Por ende, si la legislación civil de la ciudad de México reconoce tanto el matrimonio como las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, no existe razón constitucionalmente aceptable para impedir el goce de los derechos de la seguridad social a quienes adquieren por matrimonio o concubinato el carácter de familiar del trabajador. Esto, porque al generarse el vínculo de parentesco por afinidad, las autoridades federales, estatales y municipales a quienes en sus respectivas competencias corresponda la satisfacción de los derechos de la seguridad social están obligadas a reconocer el vínculo generado entre los cónyuges o concubinos y, por lo tanto, a otorgar las prestaciones correspondientes, sin que la preferencia sexual o el género de esos sujetos sea una razón para su denegación ni mucho menos por no estar reproducida la figura a nivel federal, ya que ello se traduce en una discriminación injustificada a causa de categorías sospechosas, constitucionalmente prohibidas.

2.7. La inconstitucionalidad alegada no deriva de la aplicación o interpretación hecha por la autoridad, sino del contenido propio de los preceptos impugnados. Por ende, como las normas controvertidas son contrarias a lo previsto en los arts. 1, 4 y 123 CP, fue correcto que el juez de distrito otorgara la protección constitucional solicitada respecto de los preceptos mencionados.

2.8. Por las razones expuestas, y ante lo infundado e inoperante de los agravios formulados por la autoridad responsable, procede confirmar la sentencia de amparo y conceder la protección constitucional en términos de lo considerado por el juez de distrito.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO, Segunda Sala, amparo en revisión 710/2016 interpuesto por el Presidente de la República contra la sentencia del 28 de noviembre de 2014 dictada por el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León, en el juicio de amparo indirecto 975/2012, sentencia del 30-11-2016, en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=200861>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE GÉNERO. **MATRIMONIO.** MATRIMONIOS CONSUETUDINARIOS POLÍGAMOS. RÉGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES. **MUJER. DIGNIDAD HUMANA** (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: el Sr. Musenwa Joseph Netshituka falleció en 2008. Durante el transcurso de su vida, contrajo matrimonio polígamo en términos del derecho consuetudinario del pueblo Venda con Tshinakaho Netshituka, Masindi Netshituka y Diana Netshituka –ya fallecidas– y matrimonio civil con Martha Netshituka –de quien se divorció en julio de 1984 y ya ha fallecido– y con Munyadziwa Joyce Netshituka, matrimonio que fue declarado nulo por la Suprema Corte de Apelaciones en 2001 en razón de los preexistentes matrimonios con Tshinakaho y Diana. Sin embargo, Munyadziwa Joyce sostuvo que posteriormente había contraído matrimonio con Netshituka bajo el régimen del derecho consuetudinario.

Netshituka dejó un testamento en el que nombraba a Munyadziwa Joyce albacea de la herencia y una de sus beneficiarias, y en el que se refería a Tshinakaho como su primera esposa, a Diana como su segunda esposa y a Munyadziwa Joyce como su tercera y actual esposa con la que estaba casado en régimen de comunidad de bienes.

La Suprema Corte de Apelaciones declaró válido el testamento de Netshituka, que legaba la mitad que le correspondía de los bienes gananciales a todos sus hijos y a sus esposas, incluyendo a Munyadziwa Joyce.

Ahora bien, el principal bien de la herencia era un inmueble en el que está ubicado un centro comercial cuya propietaria de una mitad indivisa es Munyadziwa Joyce.

Los hijos biológicos de Netshituka con Tshinakaho y con Masindi presentaron entonces un recurso ante la *High Court* de Limpopo, planteando la

inconstitucionalidad del art. 7(1) de la *Recognition of Customary Marriages Act* de 1998 (Ley de Reconocimiento de los Matrimonios Consuetudinarios o RCMA, por sus siglas en inglés), que establece que: “[l]os efectos patrimoniales de los matrimonios celebrados bajo el régimen del derecho consuetudinario antes de la entrada en vigor de la presente ley se siguen rigiendo por el derecho consuetudinario”.

La *High Court* determinó que dicho artículo es injustamente discriminatorio hacia las mujeres que contrajeron matrimonios polígamos en términos del derecho consuetudinario antes de la entrada en vigor de la RCMA, en razón del género, la raza y el origen étnico o social. Los recurrentes convinieron ante la *High Court* que, en el derecho consuetudinario del pueblo Venda, el derecho de propiedad y el control sobre los bienes conyugales están reservados solo a los esposos. La *High Court* llegó a la conclusión de que al no existir una justificación para dicha discriminación, el art. 7(1) RCMA resultaba inválido e inconstitucional.

Los recurrentes solicitaron entonces a la Corte Constitucional la confirmación de la resolución de la *High Court* alegando que sus madres habían sido excluidas de la herencia de Netshituka y que, por ello, la resolución debería aplicarse retroactivamente a las herencias de matrimonios polígamos que se hubiesen extinguido por causa de muerte, en la medida en que la sucesión no hubiera concluido, o, en caso de que sí hubiera concluido, los herederos hubieran tenido conocimiento –antes de la liquidación– de que estaba siendo cuestionada la constitucionalidad del art. 7(1) RCMA.

La Sra. Maphumulo solicitó ser admitida como *amicus curiae* ante la Corte Constitucional. Es la segunda esposa de un matrimonio polígamo celebrado en términos del derecho consuetudinario con el Sr. Musawenkosi Maphumulo, fallecido en 2013. Vive con su hija y sus nietos en la casa donde residía con su esposo, pero en el título de propiedad solo figura el nombre de este. La Sra. Maphumulo afirmó que la única razón por la que su nombre no figura en la escritura es que las leyes discriminatorias vigentes en el momento de la inscripción prohibían a las mujeres de color ser propietarias. En su testamento, el Sr. Maphumulo legó todo su patrimonio a su hijo mayor, habido con su primera esposa, quien inició un proceso para desalojar a la Sra. Maphumulo, ya que la vivienda donde residía estaba incluida en el patrimonio.

2. Sentencia: se hace lugar a la intervención de la Sra. Maphumulo. Se confirma la declaración de inconstitucionalidad del art. 7(1) RCMA de la *High Court* de Limpopo y se suspende la ejecución de esta decisión durante 24 meses a fin de dar oportunidad al Parlamento a que corrija el defecto legislativo. Durante el período de suspensión, se aplicará el siguiente régimen a los matrimonios polígamos consuetudinarios celebrados antes de la entrada en vigor de la RCMA: los cónyuges deben compartir de forma igualitaria el derecho de propiedad y otros derechos vinculados a la propiedad conyugal, incluso derechos de administración y control de esta. El esposo y cada una de sus esposas deben gozar de los mismos derechos en relación con la propiedad del hogar. Conforme a lo dispuesto por el art. 172(1)(b) de la Constitución, la presente resolución no invalida la liquidación de la sucesión que se haya concluido o la transmisión de bienes conyugales ya realizada. Lo antedicho

no será de aplicación a ninguna transmisión de bienes conyugales cuando, en el momento de la transmisión, el heredero hubiera tenido conocimiento de que los bienes en cuestión estaban sujetos a ser impugnados sobre la base de los fundamentos traídos a consideración por los recurrentes en este caso para fundar su planteo.

En *Gumede (born Shange) v President of the Republic of South Africa*, esta Corte declaró inválido el art. 7(1) RCMA en lo que se refiere a los matrimonios consuetudinarios monógamos, pero dejó abierta la cuestión de si era constitucionalmente válido aplicarlo a los matrimonios consuetudinarios polígamos.

El efecto del art. 7(1) es la perpetuación de la desigualdad entre marido y mujer en el caso de los matrimonios polígamos celebrados en términos del derecho consuetudinario antes de la entrada en vigor de la RCMA. Dicho artículo es discriminatorio en razón del género, ya que solamente las mujeres que han contraído un matrimonio consuetudinario están sujetas a los efectos desiguales en el plano del derecho de propiedad. Tal discriminación es injusta. Asimismo, el artículo también es discriminatorio en razón del género toda vez que las esposas que han contraído matrimonio polígamo en términos del derecho consuetudinario antes de la entrada en vigor de la RCMA no tienen derecho a la propiedad ni al control de la misma. En los matrimonios polígamos consuetudinarios actuales, el régimen de propiedad deberá regirse por un contrato aprobado por un tribunal en el que participen en forma igualitaria esposas y esposos, o de separación de bienes y de pérdidas y ganancias. En suma, el art. 7(1) restringe el derecho a la dignidad humana y el derecho a no ser discriminado injustamente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso CCT 194/16, *Ramuhovhi and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, sentencia del 30-11-2017, en <<http://www1.saflii.org/za/cases/ZACC/2017/41.pdf>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. **SEGURIDAD SOCIAL.** BENEFICIOS SOCIALES. DERECHO A PENSIÓN DE VÍCTIMAS DE ATENTADOS (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el art. 13 de la ley del 31 de julio de 1963, en su redacción conforme a la ley del 26 de diciembre de 1964, modificada por decisión del Consejo Constitucional del 23 de marzo de 2016, estableció un régimen de indemnizaciones para las personas –o sus derechohabientes– de nacionalidad francesa que hayan sufrido daños físicos en Argelia entre el 31 de octubre de 1954 y el 29 de septiembre de 1962 a causa de atentados u otros actos de violencia. No pueden ser beneficiarios quienes hayan participado indirecta o directamente en la organización o ejecución de atentados u otros actos de violencia o hayan incitado a cometerlos, ni tampoco sus derechohabientes.

Una persona se agravió de que estas disposiciones desconocen el principio de igualdad ante la ley, en tanto restringen el beneficio de este derecho a una pensión solamente a las víctimas, o a sus derechohabientes, de nacionalidad francesa.

Se planteó entonces al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad por las palabras “de nacionalidad francesa” del primer párrafo del art. 13 de la ley del 31 de julio de 1963.

2. Sentencia: en aras de un objetivo de solidaridad nacional, las disposiciones cuestionadas buscan garantizar el pago de pensiones a las personas que sufrieron daños y perjuicios en una zona que, por aquel entonces, era parte del territorio francés. El legislador no puede establecer una diferencia de trato entre las víctimas francesas y aquellas de otras nacionalidades que residían en territorio francés, porque con ello desconoce el principio de igualdad ante la ley.

Por otro lado, el fin de la indemnización prevista es garantizar a los derechohabientes una compensación por la pérdida de la pensión del beneficiario fallecido. Por ello, el legislador no puede establecer una diferencia de trato entre los derechohabientes según su nacionalidad.

En conclusión, las palabras “de nacionalidad francesa” que aparecen dos veces en el primer párrafo del art. 13 de la ley del 31 de julio de 1963 son inconstitucionales, y se deja sin efecto la disposición impugnada solo en cuanto a su inclusión.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n° 2017-690 QPC del 8-2-2018, en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2017690QPC2017690qpc.pdf>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. SISTEMA DE CASTAS. INTOCABLES. DISCRIMINACIÓN LIGADA A LA INTOCABILIDAD. ATAQUES CON ÁCIDO. REPARACIÓN. **DIGNIDAD HUMANA** (INDIA).

1. Antecedentes del caso: la ONG Parivartan Kendra promovió una acción fundada en el interés público a fin de obtener una compensación y reparación para las hermanas Chanchal y Sonam, pertenecientes a la casta de los intocables, que habían sido víctimas de un brutal ataque con ácido. Estas no habían recibido un tratamiento adecuado tras el ataque y en el hospital habían sido maltratadas en razón de su casta. Solo después de ser trasladadas a Delhi, recibieron un tratamiento apropiado.

La ONG solicitó a la Suprema Corte compensación, justicia y dignidad para todos los sobrevivientes de ataques con ácido, además de un programa de rehabilitación y un incremento en la compensación a las víctimas de dichos ataques. Asimismo, solicitó que los ataques sean tipificados como delito en la *Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act* de 1989 (Ley de Prevención de Atrocidades contra las Castas y Tribus Registradas).

2. Sentencia: dados los gastos en que ha incurrido la familia de las víctimas, se ordena al Estado a pagar a Chanchal una indemnización de INR 1.000.000 y a su hermana INR 300.000, así como a asumir la responsabilidad íntegra por su tratamiento y rehabilitación. Dicha indemnización es otorgada no solo por los daños físicos sufridos, sino también considerando la incapacidad de las víctimas para llevar y disfrutar de una vida plena debido al ataque con ácido perpetrado contra ellas.

Asimismo, se establecen las siguientes instrucciones generales: a) los Gobiernos estatales deben tratar el asunto con todos los hospitales privados existentes en sus estados para que no se opongan a brindar un tratamiento íntegro a las víctimas de ataques con ácido, que deberá incluir medicamentos, alimento y cirugía reconstructiva; b) los hospitales deben emitir certificados que acrediten que la persona en cuestión es víctima de un ataque con ácido de manera que pueda gozar de los beneficios otorgados en programas de cirugía reconstructiva y compensación; c) todos los estados deben tomar las medidas pertinentes a fin de incluir el nombre de las víctimas de ataques con ácido en la nómina de personas con discapacidad para que puedan gozar de los derechos garantizados por ley a estas personas.

Cabe recordar que en *Laxmi v. The Union of India* (2014), esta Corte prohibió la venta libre de ácido y ordenó a los Gobiernos estatales que otorguen un mínimo de INR 300.000 en concepto de indemnización a cada una de las víctimas de ataques con ácido. Sin embargo, los Gobiernos estatales están facultados para otorgar una mayor indemnización a las víctimas de dichos ataques.

Las víctimas de ataques con ácido son portadoras de un estigma social. Encuentran dificultades a la hora de conseguir un empleo e incurrir en ingentes gastos médicos en tratamientos a los que deben someterse de por vida. Por ello, el incremento en la compensación dispuesto no solo debe ayudar a la víctima a garantizarse que reciba tratamiento médico, sino que también motivará al Estado a implementar rigurosamente las directivas señaladas para prevenir ataques con ácido en el futuro.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Parivartan Kendra v. Union of India and Others*, sentencia del 7-12-2015, reseña del fallo por KOTHARI, Jayna y TALLUR, Ashwini, en ALBERT, Richard, LANDAU, David, FARAGUNA, Pietro y DRUGDA, Simon (eds.), *2016 Global Review of Constitutional Law* [en línea]. New York - Boston: I-CONnect - Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2017, p. 90. Disponible en: <<http://www.bc.edu/content/dam/files/centers/clough/constitutional-law/ReviewofConLaw-final.pdf>>. ISBN: 978-0-692-92516-4.



DERECHO ADMINISTRATIVO. CONTROL DE LEGALIDAD. ACTOS GUBERNAMENTALES CON RANGO DE LEY. ESTADO DE EMERGENCIA. DECLARACIÓN Y PRÓRROGA. NO REVISABILIDAD EN EL FUERO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ACCESO A LA JUSTICIA.** DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PRINCIPIO *PRO ACTIONE*. **AMPARO** (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: por Real Decreto 1611/2010, se encomendó transitoriamente al Ministerio de Defensa el control de tránsito aéreo que tenía la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), con motivo del cierre del espacio aéreo español a raíz de un conflicto provocado por los controladores de tráfico aéreo. Por Real Decreto 1673/2010, se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Como consecuencia de ello, durante la vigencia de este estado de alarma, todos los controladores de tránsito al servicio de AENA pasaron a ser considerados personal militar y, por lo tanto, a estar sometidos a las autoridades y a las leyes

penales y disciplinarias militares, lo cual fue notificado a ese personal según se fueron incorporando a sus puestos de trabajo. El Congreso de los Diputados celebró una sesión cuyo único punto del orden del día fue la “comunicación del Gobierno que acompaña al Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo”. Posteriormente, el Consejo de Ministros solicitó una prórroga, que fue concedida e instrumentada mediante el Real Decreto 1717/2010. Por Real Decreto 28/2011, se derogó el Real Decreto 1611/2010.

Pedro María Gragera de Torres y otros, controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA, interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra los Reales Decretos 1611/2010, 1673/2010, 1717/2010 y contra el acuerdo del Consejo de Ministros del 14 de diciembre de 2010. En ese marco, el juez emplazó a las partes para alegar sobre la posible inadmisibilidad del recurso por dirigirse “contra una actuación que no es susceptible de control jurisdiccional por este orden contencioso-administrativo”. Los demandantes interpusieron un recurso de reposición contra dicha providencia por infracción del art. 51 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), así como del art. 24.1 de la Constitución española (CE), puesto que, de conformidad con aquel precepto, solo “tras el examen del expediente administrativo” podría el tribunal declarar, previo emplazamiento de las partes, la inadmisión del recurso; asimismo, se opusieron a la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, aduciendo que los actos recurridos eran actuaciones administrativas sometidas al control de esa jurisdicción, sin que pudiera considerárselos actos de gobierno o actos políticos, susceptibles también de fiscalización por el orden contencioso-administrativo.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por auto del 30 de mayo de 2011, desestimó el recurso de reposición interpuesto, declaró la admisión del recurso contencioso-administrativo promovido contra el Real Decreto 1611/2010 y la inadmisión del mismo en relación con la impugnación del Real Decreto 1673/2010, el acuerdo del Consejo de Ministros del 14 de diciembre de 2010 y el Real Decreto 1717/2010. Tras señalar la posibilidad de declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo sin esperar la remisión del expediente administrativo, en el auto se sostuvo que con la autorización de la prórroga del estado de alarma el Congreso de los Diputados había asumido en su integridad el contenido de su inicial declaración por el Real Decreto 1673/2010, con lo que le había dado a dicha declaración “naturaleza y carácter parlamentario”, por lo que “no tratándose ya de una actuación gubernamental sino de una resolución de la cámara, el Real Decreto quedaba fuera del ámbito que el artículo 106.1 de la Constitución delimita para el control judicial de la actuación administrativa y no tenía encaje en los artículos 1 y 2 de la Ley reguladora”. En auto del 9 de marzo de 2011, se decidió que “[l]a autorización para prorrogar el estado de alarma es una verdadera convalidación de su declaración inicial porque ratifica su validez y, por eso, dispone su continuidad”. Si ello es así respecto al Real Decreto por el que se declara el estado de alarma, “ha de añadirse –según el auto ahora recurrido– que la prórroga no es constitucionalmente posible sin dicha autorización y que no es concebible

que el Congreso de los Diputados la conceda sin aceptar su procedencia en la forma y en el fondo. De este modo, una vez parlamentarizada la decisión, aunque su formalización última la expresa el Gobierno por Real Decreto, la consecuencia que ello conlleva es que dicha decisión se sitúa fuera del ámbito propio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que resulta de lo establecido en los artículos 106.1 de la Constitución y 1 y 2 de la Ley reguladora”. Los demandantes interpusieron un recurso de reposición contra el anterior auto, que fue desestimado el 1º de junio de 2012, por los mismos argumentos.

Gragera de Torres y 326 personas más interpusieron entonces un recurso de amparo contra las mencionadas resoluciones judiciales, alegando que vulneraban, por un doble motivo, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al proceso, al haberse inadmitido el recurso contencioso-administrativo sin que la Sala hubiera reclamado previamente el expediente administrativo (art. 51.1 LJCA), así como por no haber estimado fiscalizable ante la jurisdicción contenciosa la actividad administrativa impugnada.

El Abogado del Estado solicitó que se desestimara el recurso de amparo. El Ministerio Fiscal, por su parte, consideró que el Tribunal Supremo había adoptado su decisión con base en una causa legal, que había aplicado razonablemente, sin que pudiera tildarse de rigorista en relación con el principio *pro actione*, por lo que estimó que no había resultado vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, solicitando, en consecuencia, la desestimación del recurso de amparo.

2. Sentencia: se desestima el presente recurso de amparo.

2.1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 30 de mayo de 2011, en cuanto declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo 153-2011 promovido por los ahora solicitantes de amparo contra el Real Decreto 1673/2010 por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, el acuerdo del Consejo de Ministros del 14 de diciembre de 2010 por el que se solicitó al Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma, y el Real Decreto 1717/2010 por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010.

Para el órgano judicial, los Reales Decretos y el acuerdo del Consejo de Ministros recurridos no son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de disposiciones que se sitúan fuera del ámbito definido para este orden jurisdiccional por los arts. 106 CE y 1 y 2 LJCA.

2.2. La cuestión nuclear suscitada, novedosa y de indiscutible relevancia constitucional no es otra que la de la fiscalización jurisdiccional, con la consiguiente delimitación en nuestro ordenamiento de los ámbitos propios de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional, de los Reales Decretos por los que se declara el estado de alarma y se acuerda su prórroga, respectivamente, lo que, a su vez,

presenta una indudable incidencia en el contenido del derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva en defensa de sus derechos e intereses legítimos, en la vertiente primigenia de este derecho, esto es, la del acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

Así pues, la especial trascendencia constitucional del recurso estriba en que plantea un problema o faceta en relación con un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional.

2.3. En primer lugar, se examinará la alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haber reclamado el Tribunal Supremo a la Administración el expediente administrativo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

La queja planteada, esto es, la procedencia o improcedencia de declarar la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo por falta de jurisdicción sin disponer el órgano judicial del expediente administrativo, no trasciende el ámbito de la mera y estricta legalidad ordinaria, respecto de la cual los recurrentes han obtenido del Tribunal Supremo una respuesta razonada y fundada en derecho – en modo alguno, errónea o incurso en arbitrariedad– que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, los recurrentes no han visto limitado o mermado su derecho de defensa, pues han podido alegar sobre la causa de inadmisibilidad del recurso advertida en dicho trámite y finalmente apreciada, por lo que en este caso no concurre una situación material de indefensión constitucionalmente relevante.

2.4. Corresponde determinar si la decisión de inadmisión por falta de jurisdicción del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los Reales Decretos vulnera o no el derecho de los recurrentes en amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), cuestión que, a los efectos de su enjuiciamiento, es preciso discernir de la que plantea la impugnación en la vía judicial del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar el estado de alarma.

Los demandantes sostuvieron que los Reales Decretos son disposiciones de carácter general propias de la dirección de la Administración que carecen de rango o valor de ley y, con ello, plenamente fiscalizables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya verdadera naturaleza de disposiciones de rango inferior a la ley no resulta modificada o transformada por la intervención prevista del Congreso de los Diputados. El Abogado del Estado, por su parte, consideró que las tres disposiciones impugnadas tienen el mismo valor normativo, pues su contenido incide directamente en lo regulado por normas con rango de ley, cuya aplicabilidad limitan durante la vigencia del estado de alarma. En el mismo sentido se pronunció el Ministerio Fiscal.

2.5. Centrado el debate procesal en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción, es preciso traer a colación el canon de enjuiciamiento constitucional de la queja planteada, establecido en constante y reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 19/1981, 167/2014, 186/2015, entre otras), de acuerdo con la cual el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE

es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en el proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. No se trata de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos. Esto es, al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal. De ahí que el derecho a la tutela judicial efectiva quede satisfecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley, si este es respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental. Por lo tanto, una decisión judicial de inadmisión no vulnera este derecho, aunque impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, si encuentra fundamento en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente.

No obstante, al tratarse en este caso del derecho de acceso a la jurisdicción, no solo conculcan este derecho las resoluciones de inadmisión o desestimación que incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino también aquellas que se encuentren basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelan una clara desproporción entre los fines que la causa legal preserva y los intereses que se sacrifican. En este sentido, hemos señalado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio *pro actione*, principio de obligada observancia por los magistrados, que impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida.

Estas afirmaciones resultan acordes con el mayor alcance que el Tribunal otorga al principio *pro actione* en los supuestos de acceso a la jurisdicción, que obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales que impidan el acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24 CE. El respeto que merece la decisión de los magistrados adoptada en la aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria debe ser aún más escrupuloso cuando la resolución que se enjuicia es —como en este caso— del Tribunal Supremo, a quien está conferida la función de interpretar la legalidad ordinaria con el carácter complementario que le atribuye el art. 1.6 del Código Civil. No obstante, tal deferencia debe conciliarse con la relevancia constitucional de la cuestión aquí debatida que incide en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en defensa de derechos e intereses legítimos y en la que, además, se controvierte la interpretación de disposiciones constitucionales (arts. 106 y 116 CE). Así pues, hemos de examinar si la decisión judicial de declarar excluidos

del ámbito de fiscalización propio de la jurisdicción contencioso-administrativa a los Reales Decretos en cuestión resulta o no lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conforme a una adecuada y conjunta interpretación de todos los preceptos constitucionales en juego, cuya hermenéutica última compete a este Tribunal en su condición de intérprete supremo de la Constitución.

2.6. Las partes del proceso de amparo discrepan sobre el rango y valor de los mencionados Reales Decretos, así como sobre la proyección a este caso de la doctrina constitucional elaborada en relación con el rango y valor de los actos del Congreso de los Diputados.

La determinación de si la decisión judicial recurrida es o no constitucionalmente conforme al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) requiere despejar el rango o valor de los citados Reales Decretos, pues de alcanzarse la conclusión – como sostuvieron el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal– de que se trata de disposiciones con rango o valor de ley, nuestro enjuiciamiento habría de detenerse en este punto sin que puedan merecer reproche constitucional ninguno de los autos recurridos en amparo, ya que aquellos Reales Decretos quedarían excluidos del ámbito de fiscalización que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Solo una vez descartado que las decisiones de declaración y prórroga del estado de alarma posean esa cualidad, como sostienen los demandantes, habría que proceder a considerar la viabilidad de residenciar su impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y, en su caso, el alcance y extensión de ese posible control jurisdiccional.

2.7. El art. 116 CE, precepto que forma parte de su título V “De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”, plasma la opción del constituyente de 1978 por un modelo de regulación del denominado derecho constitucional de excepción, caracterizado, frente a los precedentes históricos, por la mención de los tres estados de emergencia –estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio– con los que hacer frente a posibles situaciones de anormalidad constitucional, reservando a una ley orgánica la regulación de cada uno de estos estados, así como las competencias y las limitaciones correspondientes. Tales previsiones han de completarse con los arts. 55.1 CE, 117.5 CE y 169 CE, y la Ley Orgánica 4/1981 regula los tres estados de emergencia citados.

2.8. Respecto del estado de alarma, el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981 identifica las situaciones de emergencia o las “alteraciones graves de la normalidad” que pueden dar lugar a su declaración: emergencias naturales o tecnológicas, crisis sanitarias, situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad y/o paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garanticen los servicios mínimos (arts. 28.2 y 37.2 CE) y además concorra, respecto a este último supuesto, alguna de las otras situaciones definidas en el precepto. Su declaración corresponde al Gobierno y debe llevarse a cabo mediante un decreto acordado en Consejo de Ministros, el cual debe determinar el ámbito territorial de vigencia del estado excepcional, su duración, que no podrá exceder de quince

días, y los efectos de la declaración. El Gobierno debe dar cuenta de la declaración del estado de alarma al Congreso de los Diputados –reunido inmediatamente al efecto– suministrándole la información que le sea requerida, así como la de los decretos que dicte durante su vigencia relacionados con aquella; y su prórroga requiere la autorización expresa del Congreso de los Diputados, el que puede en este caso establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la misma. Así pues, la intervención de la Cámara frente a la solicitud de prórroga es previa a su declaración, a diferencia de la declaración inicial. En ese caso, la intervención de la Cámara se configura en forma de autorización, no solo como presupuesto para decretar la prórroga, sino también como elemento determinante del alcance, de las condiciones y de los términos de la misma, ya sea por disposición de la propia Cámara o bien por aceptación de los términos en que se recibe el pedido. Los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas y en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones.

A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio (*v.gr.* la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los servicios mínimos; y la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento, siéndole aplicable al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización). La entidad de todas estas previsiones adquiere particular relevancia para el enjuiciamiento que aquí se aborda.

2.9. Para decidir el valor de los decretos de declaración del estado de alarma y su prórroga, se acudirá a la doctrina constitucional sentada en el auto 7/2012 del Pleno de este Tribunal, en el cual se abordó el significado de las expresiones “fuerza de ley”, “valor de ley” y “rango de ley”, empleadas indistintamente por diversos preceptos de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a los fines de acotar un género de normas, decisiones y actos, otras fuentes en parte equiparadas por la propia Constitución, y algunos actos, decisiones o resoluciones no identificados como tales ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero que gozarían de aquel valor; agregando que también se subsumen en esta categoría aquellas decisiones o actos parlamentarios que, sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, pueden afectar aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas,

suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente. Si la Constitución y el ordenamiento habilitan a determinados actos, decisiones o resoluciones parlamentarias para modificar de tal modo la aplicación de las leyes, no es de dudar que tales actos, decisiones o resoluciones ostenten ese genérico rango o valor de ley. Previamente a la proyección de la precedente doctrina sobre el acto objeto del recurso de amparo, en el auto se declaró que “todos los estados que cabe denominar de emergencia *ex art. 116 CE* y también por tanto, el de menor intensidad de entre ellos, esto es, el de alarma, suponen [...] excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas [...] determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria [...], pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante ‘los poderes ordinarios’ la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio)”.

Así, este Tribunal concluye que el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma o el de la declaración y prórroga del estado de excepción –que no son meros actos de carácter autorizatorio, pues tienen un contenido regulador–, así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley, expresión del ejercicio de una competencia constitucionalmente confiada a la Cámara Baja *ex art. 116 CE* en aras de la protección, en los respectivos estados de emergencia, de los derechos y libertades de los ciudadanos.

2.10. Esta doctrina constitucional es aplicable al supuesto que ahora nos ocupa, porque las locuciones “valor de ley”, “rango de ley” o “fuerza de ley” no quedan circunscriptas en nuestro ordenamiento a actos o decisiones de origen parlamentario, sino que también lo pueden ser de actos, decisiones o disposiciones de procedencia gubernamental.

La decisión de declarar el estado de alarma por un plazo no superior a quince días es expresión del ejercicio de una competencia constitucional atribuida con carácter exclusivo al Gobierno por el art. 116.2 CE, en tanto órgano constitucional al que le corresponde *ex art. 97 CE* la dirección política del Estado. Se trata, por lo tanto, de una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración.

La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o “alteraciones graves de la normalidad” previstas en la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni tampoco a la mera declaración de este, sino que tiene además un carácter normativo, al establecer el estatuto jurídico del estado que se declara (dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos). Así, la decisión gubernamental viene a integrar –junto a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981– el sistema de

fuentes del derecho de excepción. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese período la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar. Esta incidencia sobre la legislación vigente antes de la declaración del estado de alarma, incluidas las normas con rango de ley que pudieran verse afectadas, encuentra cobertura en el propio texto constitucional (art. 116.2 CE) y en la Ley Orgánica 4/1981 (art. 6), que imponen como contenido necesario del decreto en el que se formaliza la decisión gubernamental de la declaración la determinación de “los efectos del estado de alarma”, efectos que pueden implicar las excepciones o modificaciones antes señaladas. Esto es, la propia Constitución habilita los efectos jurídicos que sobre la legislación en vigor antes de la declaración tiene o puede tener la decisión gubernamental que, revistiendo la forma de decreto del Consejo de Ministros, proclama el estado de alarma. Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. En consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma.

Por idénticas razones, a la misma conclusión se llega respecto del valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización *ad extra* de la previa autorización del Congreso de los Diputados. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria la condición de decisión con valor de ley, idéntica condición ha de postularse de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización.

2.11. Así pues, constatada la condición de disposiciones con valor de ley de la declaración gubernamental del estado de alarma y de su prórroga, ha de concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas, que declararon inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los demandantes de amparo contra los Reales Decretos 1673/2010 y 1717/2010, no han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), al resultar aquellos excluidos, en razón de su valor o rango de ley, del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Ello no supone que los citados Reales Decretos resulten inmunes a todo control jurisdiccional, sino que, al poseer valor de ley, solo cabe impugnarlos ante este Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley. Por otra parte, la fiscalización por la jurisdicción constitucional de los

Reales Decretos por los que se declara y se prorroga el estado de alarma no excluye el control jurisdiccional por los tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del estado de alarma.

2.12. Los autos recurridos declaran también la inadmisión del recurso contencioso-administrativo promovido por los demandantes de amparo en relación con el acuerdo del Consejo de Ministros del 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010.

Este Tribunal ya ha dicho que no toda la actuación del Gobierno está sujeta al Derecho Administrativo; indudablemente no lo está la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el art. 97 CE. En tales casos, el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como administrativa cuyo control corresponda *ex art.* 106.1 CE y 8 LOPJ a los tribunales de justicia.

Tal es el supuesto del referido acuerdo, que no tiene otra virtualidad que la de activar el procedimiento de solicitud por el Gobierno al Congreso de los Diputados de la autorización para prorrogar el estado de alarma, cuyo contenido y efectos se circunscriben y se agotan en el estricto ámbito de las relaciones entre ambos órganos constitucionales. De modo que, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, la decisión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo en relación con aquel acuerdo tampoco ha lesionado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo 4703-2012, promovido por Pedro María Gragera de Torres y 326 personas más contra el Auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 30 de mayo de 2011, sentencia 83/2016 del 28-4-2016, en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24935>>.



DERECHO ADMINISTRATIVO. EMPLEO PÚBLICO. SANCIONES DISCIPLINARIAS. DESPIDO. CAUSALES. **DEBIDO PROCESO.** DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. **DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO A CONOCER EL FUNDAMENTO DE LA ACUSACIÓN. DEBER DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DISPONE UNA SANCIÓN DISCIPLINARIA. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** SANCIÓN DE CONDUCTAS NO TIPIFICADAS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – GUATEMALA).

1. Antecedentes del caso: Olga Yolanda Maldonado Ordóñez comenzó a trabajar en 1992 en la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala;

inicialmente, como Técnica en el Departamento de Educación; posteriormente, obtuvo el cargo titular de Educadora en el departamento de Quetzaltenango, y finalmente, cubrió un interinato como Auxiliar Departamental del Procurador de los Derechos Humanos en el departamento de Quiché.

El 21 de febrero de 2000, tres de sus hermanos presentaron un escrito ante el Procurador de los Derechos Humanos formulando acusaciones contra ella relacionadas con la presunta falsificación de una escritura pública y solicitando que se le impusiera una “sanción moral”.

El 5 de abril de 2000, el Procurador de los Derechos Humanos notificó a Maldonado Ordóñez la denuncia presentada por sus hermanos y la “causal de despido”, contenida en el art. 74, numerales 4 y 15 del Reglamento del Personal del Procurador de los Derechos Humanos. Además, le indicó que tenía derecho a presentar documentos o pruebas de descargo en un plazo de dos días. Maldonado Ordóñez presentó un escrito de descargo y prueba documental ese mismo día, en el cual señaló que los hechos denunciados en su contra eran falsos.

El 16 de mayo de 2000, el Procurador de los Derechos Humanos, mediante Acuerdo N° 81-2000, resolvió destituir a Maldonado Ordóñez del cargo interino de Auxiliar Departamental, destitución que se hizo extensiva al cargo de Educadora.

El 2 de junio de 2000, la nombrada interpuso un recurso de revisión ante el Procurador de los Derechos Humanos, solicitando que se revocara el mencionado acuerdo y, en consecuencia, su inmediata reposición en los cargos que venía desempeñando. En los fundamentos del recurso, señaló que su destitución obedecía a causales de índole familiar que no guardaban relación con la comisión de alguna falta al servicio en sus labores como funcionaria de la Procuraduría de los Derechos Humanos.

El 16 de junio de 2000, se decidió no hacer lugar al recurso de revisión interpuesto debido a que el Procurador consideró que las causas que motivaron la destitución eran de índole familiar, “por lo que resultan aplicables los numerales 4 y 15 del art. 74 del Reglamento del Personal del Procurador”, agregando que el solo hecho de la presentación de denuncias en su contra reflejaba una conducta no deseada para quienes se desempeñan como defensores de los derechos humanos.

De acuerdo con lo establecido en el art. 80 del Reglamento del Personal del Procurador, el 20 de junio de 2000 Maldonado Ordóñez presentó un recurso de apelación ante la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social contra la denegatoria del recurso de revisión; allí señaló que no existía en el expediente de su destitución ningún hecho o acto que constituyera alguna de las causales contempladas en los numerales 4 y 15 del art. 74 del Reglamento del Personal del Procurador.

El 26 de junio de 2000, la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones resolvió abstenerse de entrar a conocer el asunto por carecer de competencia para pronunciarse.

El 23 de agosto de 2000, Maldonado Ordóñez presentó un recurso de inconstitucionalidad ante la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, que actuaba en funciones de Tribunal Constitucional, contra la decisión de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de declararse incompetente para conocer el recurso de apelación interpuesto.

El 6 de septiembre de 2000, la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones declaró improcedente el recurso de inconstitucionalidad y consideró que no se advertía violación de ningún precepto constitucional.

Dos días después, Maldonado Ordóñez presentó un recurso de apelación ante la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, constituida como Tribunal Constitucional, contra la resolución que declaró la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. Ese recurso fue recibido por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones y remitido a la Corte de Constitucionalidad. El 9 de octubre de 2001, la Corte de Constitucionalidad determinó la improcedencia de la apelación.

2. Sentencia: se declara responsable internacionalmente al Estado guatemalteco por la violación del: *i)* derecho a conocer el fundamento de la acusación, contenido en el art. 8.2.b de la Convención Americana; *ii)* derecho a la defensa, contenido en el art. 8.2.c de la Convención Americana, y *iii)* deber de motivación y al principio de legalidad, contenidos en los arts. 8.1 y 9 de la Convención Americana.

Asimismo, se declara la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la protección judicial y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenidos en los arts. 25 y 2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, todo lo anterior en perjuicio de Olga Yolanda Maldonado Ordóñez. Por último, la Corte ordena diversas medidas de reparación.

Excepción preliminar

El Estado presentó una excepción preliminar con relación a la alegada falta de agotamiento de recursos internos.

Esta Corte observa que la excepción preliminar planteada fue interpuesta por el Estado durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión. Respecto a los recursos señalados en el procedimiento ante la Comisión, esta Corte observa que el alegato del Estado sobre la determinación del recurso idóneo que debió agotar Maldonado Ordóñez cambió a lo largo del trámite ante el sistema interamericano y fueron señaladas diversas vías como las supuestamente adecuadas para su reclamo, sin que resultara claro cuáles eran los recursos que la víctima debía agotar en la jurisdicción interna.

En lo que respecta a los argumentos relativos al agotamiento de los recursos previstos en la vía ordinaria laboral presentados por el Estado por primera vez ante la Corte, se determinó que dichos argumentos eran extemporáneos. En consecuencia, se desestima la excepción de falta de agotamiento de recursos internos.

Fondo

Atendiendo a la naturaleza sancionatoria del proceso de destitución de Maldonado Ordóñez y al resultado del mismo, la Corte consideró que las garantías procesales contempladas en el art. 8 de la Convención Americana forman parte del elenco de garantías mínimas que debieron ser respetadas para adoptar una decisión que no fuera arbitraria y resultara ajustada al debido proceso.

Con relación al derecho a contar con una comunicación previa y detallada de la acusación y al derecho a la defensa, esta Corte considera que era necesario que, por

lo menos, se suministrara a la nombrada información que fuera clara respecto de la motivación del proceso de destitución, así como una mínima referencia a la relación existente entre los hechos respecto de los cuales se aplicaría la sanción disciplinaria y la norma supuestamente infringida.

De igual modo, en la notificación de su despido no resultaba claro el motivo específico por el cual estaba siendo objeto de un proceso disciplinario; en consecuencia, no contó con información detallada de las razones por las cuales podría ser destituida de su trabajo. Esta falta de información constituyó una violación a la garantía de contar con información previa y detallada del proceso iniciado en su contra, contenida en el art. 8.2.b de la Convención Americana. Además, los medios para la preparación de la defensa de Maldonado Ordóñez no fueron adecuados como consecuencia de la falta de claridad respecto del motivo específico por el cual se iniciaba el proceso de destitución en su contra. Lo anterior constituyó una violación adicional a su derecho a la defensa, contenido en el art. 8.2.c de la Convención Americana.

Con relación al deber de motivación, esta Corte entiende que no existió una motivación que estuviera debidamente justificada y razonada para la destitución de Maldonado Ordóñez: no fue señalada con claridad la manera en que la conducta de la nombrada se ajustaría al supuesto de las normas invocadas como fundamento de la destitución y no se realizó ningún análisis del contenido de dichas normas. Lo anterior constituyó una violación al deber de motivación previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma.

En lo que respecta al principio de legalidad, se concluye que Maldonado Ordóñez fue destituida por una conducta que no se encontraba tipificada en el Reglamento del Personal del Procurador de los Derechos Humanos como infracción disciplinaria y que además no correspondía a la conducta descrita en los numerales 4 y 15 del art. 74 de dicho Reglamento, ni en el art. 77, literal *d*) del Código de Trabajo de Guatemala, disposiciones que fueron invocadas para justificar la sanción impuesta. Por lo anterior, se estima que existió una vulneración del art. 9 (Principio de Legalidad) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma.

Finalmente, en lo relativo al derecho a la protección judicial, se considera que la confusión y contradicción existente en la normativa interna colocó a Maldonado Ordóñez en una situación de desprotección, al no poder contar con un recurso sencillo y efectivo como consecuencia de una normativa contradictoria. La nombrada presentó los recursos que señalaba el Reglamento del Personal del Procurador, y los tribunales los rechazaron debido a una contradicción entre diferentes cuerpos normativos que regulaban la materia.

Por lo anterior, se concluye que Maldonado Ordóñez no tuvo acceso efectivo y de manera sencilla a la protección judicial como consecuencia de la falta de certeza y de claridad respecto a los recursos idóneos que debía presentar frente a su destitución, lo cual constituyó una violación al derecho a la protección judicial y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenidos en los arts. 25 (Derecho a la Protección Judicial) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, se ordena al Estado: *i*) publicar esta sentencia y su resumen; *ii*) eliminar del "record laboral" o de cualquier otro registro de antecedentes de Maldonado el procedimiento de destitución; *iii*) precisar o regular, con claridad, a través de medidas legislativas o de otro carácter, la vía recursiva, el procedimiento y la competencia judicial para la revisión jurisdiccional de toda sanción o medida de carácter administrativo disciplinario del Procurador de los Derechos Humanos, y *iv*) pagar la cantidad fijada en la sentencia por concepto de daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 3-5-2016, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf>.



DERECHO ADMINISTRATIVO. SERVICIOS PÚBLICOS. ESTABILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA ELÉCTRICO. SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA. SEGURIDAD DE SUMINISTRO. **DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.** REQUISITOS. PRESUPUESTO DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD. **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL. CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES. MARGEN DE DISCRECIONALIDAD. RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA. **TRATADOS.** PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. **SEGURIDAD JURÍDICA.** CONCEPTO. **LEY.** PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. RETROACTIVIDAD IMPROPIA (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la Ley 54/1997 establece un régimen especial para la producción de energía eléctrica, especificando que lo no previsto en ella debe regirse por las generales sobre producción eléctrica, además de atribuir a las Comunidades Autónomas competencia para otorgar la condición de instalación de producción de energía eléctrica acogida a régimen especial. Así, se dictó una profusa normativa reguladora del esquema de la producción de energía eléctrica en régimen especial. En ese contexto, el Real Decreto-ley 9/2013 (RDL 9/2013) estableció un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 1, apartados 2 y 3; disposición adicional 1ª; disposición transitoria 3ª; y disposición final 2ª del RDL 9/2013, por

infracción a los arts. 9.1, 9.3 y 86.1 de la Constitución española (CE). Tal impugnación está fundada en tres razones: en primer término, la infracción de los principios constitucionales de jerarquía normativa y de sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico (art. 9.1), en la medida en que los preceptos impugnados son contrarios a lo dispuesto en los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, ratificado por España y que, en consecuencia, forma parte del ordenamiento interno español; en segundo lugar, la vulneración de los principios de seguridad jurídica, de confianza legítima y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o no favorables (art. 9.3 CE), en la medida en que, por un lado, los preceptos impugnados resultan arbitrarios al recurrir a conceptos jurídicos indeterminados, como el de “empresa eficiente y bien gestionada”, y, por otro, establecen los principios generales de un nuevo régimen retributivo, cuya concreción deriva a lo dispuesto en un posterior desarrollo reglamentario, pero que resulta aplicable con carácter retroactivo desde la entrada en vigor de la propia norma que se cuestiona; por último, se alegó la infracción del art. 86.1 CE, por no concurrir el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad para la aprobación de estas normas por decreto-ley.

El Abogado del Estado defendió la constitucionalidad de los preceptos impugnados y rechazó la vulneración de los preceptos constitucionales alegados por el Letrado autonómico.

2. Sentencia: se desestima el presente recurso de inconstitucionalidad, planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia.

Los preceptos impugnados modificaron la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico en orden a establecer un nuevo régimen retributivo para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, y a habilitar al Gobierno para la aprobación por real decreto del régimen jurídico y económico para estas instalaciones con retribución primada, que modificará el régimen retributivo de las instalaciones existentes y será de aplicación desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley.

En primer lugar, corresponde analizar la tacha de inconstitucionalidad relativa a la vulneración del art. 86.1 CE, que se fundamenta en la no concurrencia del presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad”. Tal análisis precede al relativo a los aspectos sustantivos o materiales, pues la inobservancia de los requisitos exigidos para la legislación de urgencia constituye una infracción que solo puede repararse, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad.

Este Tribunal, en STC 12/2015, ha sentado doctrina sobre el presupuesto habilitante que, según el art. 86.1 CE, ofrece al Gobierno la posibilidad de dictar legislación de urgencia –a través de la figura del decreto-ley–, el cual consiste en la restricción o límite jurídico al margen lógico de apreciación política del Gobierno, razón por la cual este Tribunal puede, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de “extraordinaria y urgente necesidad” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante. La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye

un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno y al Congreso, en tanto a este Tribunal le corresponde controlar que ese juicio político no desborde los límites de lo manifestamente razonable, ya que el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes, ni sustituir el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno.

El control externo que a este Tribunal corresponde realizar se concreta en la comprobación explícita y razonada de la definición dada por los órganos políticos acerca de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan.

En el caso bajo estudio, no se ha impugnado el decreto-ley en su conjunto, sino la vulneración del precepto habilitante; siendo así, es preciso apreciar la “extraordinaria y urgente necesidad” en relación con los preceptos en concreto impugnados.

El RDL 9/2013 justificó la necesidad de su aprobación en la corrección de los desajustes producidos por la evolución expansiva de las partidas de costos del sistema eléctrico, para lo cual en los últimos años se habían tomado una serie de medidas urgentes que afectaron los costos y los ingresos; además, el Ministerio de Hacienda había puesto de relieve la imposibilidad de cumplimiento de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 6/2009, por el que se habían adoptado ciertas medidas para el sector energético y se aprobaba el bono social. El motivo fue la difícil situación presupuestaria, que impidió afrontar en su totalidad este costo extra sin comprometer el cumplimiento de los objetivos de déficit fijados para el ejercicio 2014. Estas circunstancias demostraron la necesidad de adoptar de forma inmediata una serie de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico y la pertinencia de una revisión del marco regulatorio que permita su adaptación a los acontecimientos que definen la realidad del sector en cada período determinado en aras del mantenimiento de la sostenibilidad del sistema eléctrico. Así, el RDL 9/2013 articula una serie de medidas equilibradas, proporcionadas y de amplio alcance, destinadas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico como presupuesto ineludible de su sostenibilidad económica y de la seguridad de suministro, y dirigidas a todas las actividades del sector eléctrico. Cabe deducir que la situación de urgencia que la norma impugnada pretende atender cuenta con una justificación general, aplicable al conjunto de reformas introducidas por el RDL 9/2013. Es, pues, la situación de crisis económica que ha repercutido en una caída imprevista de la demanda de energía eléctrica, junto con el incremento general de costes, la que ha provocado un aumento imprevisto del déficit tarifario, lo que justifica la adopción de las medidas contempladas en la norma que se examina. Por lo demás, “es evidente que las medidas propuestas, en cuanto persiguen un ajuste de los costes en el sector eléctrico, guardan la necesaria conexión entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad descrita, y las medidas adoptadas para hacerle frente” (conf. STC 183/2014). Las medidas previstas modifican de modo inmediato la situación jurídica existente, en cuanto el nuevo sistema retributivo que la norma implementa, si bien requiere el necesario desarrollo reglamentario, es aplicable desde el momento de la entrada en vigor del

RDL 9/2013, el cual establece la aplicación transitoria del régimen retributivo anterior, ahora con el carácter de pagos a cuenta, que se liquidarán definitivamente en el momento en que se apruebe el aludido desarrollo reglamentario. Procede, por tanto, desestimar el recurso en este punto.

Respecto de los argumentos de fondo alegados –vulneración del principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 3 CE)–, no han de aceptarse los fundamentos expuestos. Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes. Como ya se dijo en STC 142/1993, “no corresponde a este Tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni éstos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad”. El recurso carece de la mínima fundamentación que permita a este Tribunal inferir las razones por las que el recurrente considera que la norma legal impugnada infringe la Constitución. La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, afirmando posteriormente que “el Estado español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros...”, decisión que, a su entender, implica un incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entiende que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal.

Finalmente, se alegó la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Sobre este particular, es necesario precisar que los principios constitucionales invocados por los recurrentes –irretroactividad, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad–, como los otros que integran el art. 9.3 de la CE –legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad– no son compartimentos estancos, sino que cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de derecho (STC 104/2000). El principio de seguridad jurídica, entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho, no resulta afectado por los preceptos que son objeto del presente recurso, ni se justifica en el texto de la demanda en qué medida tales preceptos pueden generar confusión o incertidumbre en su aplicación. No estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y efectos perfectamente determinados.

El respeto de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizadas por el RDL 9/2013. Los cambios legislativos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima, pues este no

protege la estabilidad regulatoria ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el RDL que ahora se cuestiona, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Las medidas cuestionadas implican una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico. No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía hacía necesario realizar ajustes de este marco normativo. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un “operador económico prudente y diligente”, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente contenido con disposiciones anteriores. Estamos ante una norma clara, que no genera duda sobre sus efectos, los presupuestos de hecho a los que se aplica o sus consecuencias jurídicas, por lo que no genera incertidumbre sobre su alcance. En una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presente han sido llevadas a cabo en este y en otros sectores económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa más intensa, dada su incidencia en los intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica. Este Tribunal ha sostenido que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente ni pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia. No sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (STC 183/2014), por lo que no cabe sino concluir que la regulación impugnada se enmarca en el margen de configuración del legislador, que tiene plena libertad para elegir entre las distintas opciones posibles, dentro de la Constitución.

Asimismo, la recurrente reprocha la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como los de “rentabilidad razonable” y de “empresa eficiente o bien gestionada”, que constituyen la premisa para la aplicación de la prevista retribución adicional por costos de inversión. Dicha queja tampoco resulta atendible, pues la propia norma lleva a cabo una determinación objetiva de dichos conceptos, con arreglo a determinados parámetros, que expresamente se enumeran. Siendo así, puede excluirse la pretendida apelación a los llamados conceptos jurídicos indeterminados y estimar que se ha satisfecho el requisito de certidumbre de la norma, haciendo que sea factible a sus destinatarios conocer en cada caso la interpretación que el legislador hace de tales principios y el significado y las consecuencias que los mismos han de tener en la fase aplicativa, razones todas ellas que determinan que no se haya producido la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad, contemplado en el art. 9.3 CE.

Finalmente, la recurrente alegó que el RDL 9/2013 estableció los principios del nuevo régimen retributivo de producción de energía eléctrica en régimen

especial y derivó su concreción a un ulterior desarrollo reglamentario, disponiendo expresamente que será aplicable desde la fecha de entrada en vigor del citado RDL, lo que implicaría el establecimiento de una retroactividad incompatible con lo dispuesto en el art. 9.3 CE.

El RDL 9/2013 –que ha establecido un nuevo régimen retributivo para determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica– fue posteriormente asumido por la Ley 24/2013 y requirió de un desarrollo reglamentario para su aplicación efectiva; para resolver la situación de vacío reglamentario provocado por la derogación de anteriores reglamentos, previó la aplicación transitoria de los RDL derogados, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo. El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen retributivo se ha llevado a cabo a través del RDL 413/2014, cesando así el régimen transitorio.

Se advierte así que –durante unos meses– las instalaciones existentes han recibido los pagos procedentes de “liquidaciones a cuenta” del nuevo sistema, emitidas al amparo de aquel régimen transitorio, el cual fue previsto para mantener los flujos retributivos de las instalaciones, evitando los perjuicios que hubiera causado la demora en el desarrollo reglamentario. Aprobada la nueva normativa para la aplicación definitiva del nuevo régimen retributivo, corresponde practicar la regularización correspondiente por los derechos de cobro, o en su caso las obligaciones de pago, resultantes de la aplicación del vigente sistema retributivo, con efectos desde la entrada en vigor del RDL 9/2013. En definitiva, el RDL 9/2013 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, pero sus efectos, en lo relativo a las liquidaciones derivadas del nuevo régimen retributivo, se aplican a partir de la publicación del RDL 413/2014, produciéndose una disociación temporal entre la vigencia inmediata de la norma y el ámbito temporal de eficacia, que tiene un efecto retroactivo.

Se debe recordar que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales; por fuera, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico. Lo que se prohíbe en el art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, de modo que solo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta situaciones agotadas. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

No estamos ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte una situación “agotada”, consolidada, perfeccionada o patrimonializada –en los términos utilizados por nuestra jurisprudencia– que haya sido revertida *in peius* con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 5347/2013, sentencia del 17-12-2015, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_001/2013-05347STC.pdf>.



DERECHO AMBIENTAL. CONTAMINACIÓN SONORA. CLUBS NOCTURNOS. DIGNIDAD HUMANA. DERECHO A LA TRANQUILIDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD. ALCANCE. ACCIONES DE CLASE. ACCIONES COLECTIVAS. AMPARO. PROCEDENCIA. REQUISITO DE INMEDIATEZ. SUBSIDIARIEDAD (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Ruby Benítez Agudelo y otros residentes de los barrios “Ipira” y “José María Barbosa” del Municipio Roldanillo Valle del Cauca interpusieron una acción de tutela contra dicho municipio y los bares y discotecas: “Changó”, “La Fonda de mi Apá”, “Los Compadres”, “La Trampa”, “Xambu”, “San Blas”, “El Mirador”, “Diamantes Club”, “Bartolomé”, “La Barra”, “Miscelena Popeye”, “La Clave”, “Valentino Bar” y “Heladería los Velas” (en adelante, establecimientos).

Expresaron que sus barrios siempre han sido zonas residenciales que contaban con negocios comerciales diurnos que no afectaban la vecindad y que, debido a la falta de control por parte de las autoridades municipales, se ha permitido la apertura de bares y discotecas en zonas colindantes con dichos barrios, lo cual ha afectado sus derechos fundamentales, ya que dichos establecimientos hacen ruido para patrocinar sus eventos, presentan “shows de strippers”, animadores, eventos musicales en vivo y queman pólvora, todo ello, sin estar sujetos a un horario establecido por parte de las autoridades locales.

Hicieron especial mención sobre el ruido que dichos establecimientos generan –superior a los límites de decibeles permitidos–, que provocó “daños irreparables a nuestra salud mental y nuestro vínculo y tranquilidad en la relación de los individuos que conformamos nuestro grupo familiar (...)”, y sobre la falta de permisos para operar. Respecto a las autoridades municipales, señalaron que no han hecho un control y seguimiento adecuado sobre aquellos, lo que ha permitido su proliferación.

Solicitaron que se protegieran sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al ambiente sano y a la intimidad, y que, en consecuencia, se les exigiera a los establecimientos de comercio su insonorización, y a las autoridades municipales un mayor control en el otorgamiento de permisos para operar en las zonas de estos barrios residenciales.

El Juzgado 2º Penal Municipal de Roldanillo, mediante sentencia del 24 de mayo de 2015, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la tranquilidad,

intimidación familiar y contaminación auditiva de los residentes de los barrios Ipira y José María Barbosa. En consecuencia, ordenó al alcalde municipal: (i) tomar los correctivos necesarios para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los accionantes; (ii) realizar una vigilancia de los decibeles de sonido, para que de llegar a ser sobrepasados, se impusieran las multas correspondientes, y (iii) que informara de manera periódica el cumplimiento de las órdenes de protección constitucional impartidas. Igualmente, dispuso que el Comandante de la Policía Nacional de Roldanillo acatará los deberes legales y constitucionales que le competen, lo cual implicaría tomar medidas preventivas, represivas y sancionatorias. Por otro lado, determinó que los propietarios de los establecimientos de comercio accionados debían realizar la insonorización de los establecimientos de acuerdo con las directrices impartidas por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (en adelante, CVC). Asimismo, los intimó para que en un término de 30 días presentaran un informe en el cual se verificara el cumplimiento de las órdenes impartidas.

La propietaria de la “Heladería y Cigarrería los Almendros” y el alcalde municipal impugnaron el fallo. La primera sostuvo que su establecimiento no puede ser catalogado como un bar o discoteca, de manera que no es posible que se emitan ruidos y sonidos elevados que perturben a los residentes de la zona. El segundo consideró que desde sus funciones administrativas, el municipio había adelantado todas las gestiones ante los propietarios, administradores y arrendatarios para que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 232/1995 y el Decreto 1879/2008, han impuesto multas y han formulado llamados de atención, e incluso, en algunos casos, se clausuraron establecimientos.

El 3 de julio de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo revocó la decisión de primera instancia y declaró la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que: (i) no se cumplía con el requisito de inmediatez, ya que esta es una problemática que lleva más de 10 años que no puede ser resuelta en un término de 10 días por el juez constitucional, y (ii) existe una colisión de derechos fundamentales entre accionantes y accionados, lo cual debe ser estudiado en el trámite de una acción popular, en la que se cuente con mayor amplitud en los términos y más elementos probatorios.

Entonces, la Sala N° 7 de Selección de Tutelas escogió este caso para su revisión.

2. Sentencia: se revoca la decisión de segunda instancia. En su lugar, se concede la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y tranquilidad de los accionantes de los barrios “Ipira” y “José María Barbosa”.

Se ordena a los dueños, propietarios y/o representantes legales de los establecimientos de comercio que en un plazo no mayor a cuatro meses a partir de la notificación del presente fallo adecuen sus establecimientos de comercio para que cumplan con lo dispuesto en el art. 2º de la Ley 232 de 1995 y, más específicamente, con la insonorización de los mismos.

Se ordena a la Secretaría de Planeación Municipal de Roldanillo que se abstenga de renovar u otorgar permisos de uso del suelo sin que los propietarios, dueños y/o representantes legales de los establecimientos de comercio accionados cumplan con los requisitos legales comprendidos en la Ley 232 de 1995.

Se ordena al comandante de la Estación de Policía de Roldanillo que, en cumplimiento de sus competencias legales y constitucionales, proceda a tomar las medidas policiales que correspondan, en caso de que los establecimientos accionados sigan operando sin cumplir con los requisitos legales.

Se ordena a la Personería del Pueblo del Municipio de Roldanillo que en un término no mayor a cinco meses a partir de la notificación del presente fallo elabore un informe acerca del cumplimiento de las órdenes impartidas en la presente sentencia y este sea enviado al tribunal de primera instancia en esta tutela, encargado de evaluar el cumplimiento de este fallo.

2.1. La acción de tutela procede contra “particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión” (art. 86 CP). El art. 5 del Decreto 2591/1991 determinó que la tutela procede “contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el art. 2 de esta ley”, y también contra las acciones u omisiones de los particulares. Se trata del mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y queda compelida para que proceda solamente en los supuestos contemplados en dicho precepto constitucional.

Esta Corte ya se ha pronunciado sobre la procedencia de la tutela contra particulares cuando con su acción u omisión se afecte un interés colectivo, el cual debe entenderse como la necesidad de proteger un interés que abarca a un número plural de personas que se ven afectadas por la conducta desplegada por el particular, afectación que debe ser “grave y directa”, en la medida en que no toda protección de los derechos colectivos puede darse por vía de tutela (*vgr.*, las acciones populares contempladas en el art. 88 CP). Sin embargo, cuando el derecho constitucional colectivo se encuentra vinculado con la violación a un derecho de rango fundamental, prevalece en todo caso la protección del derecho constitucional fundamental, y eventualmente en tales casos, se puede otorgar una protección por vía de tutela. De manera particular, se ha dicho que cuando la conducta desplegada por un particular afecte los derechos fundamentales de una pluralidad de personas, la acción de tutela es el mecanismo idóneo de protección, y en “la mayoría de los eventos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha reconocido que se configura este supuesto, han sido casos de contaminación generada por un particular bien sea por la emisión de ruidos molestos, malos olores, vertido de desechos químicos o cuando se aúnan varios tipos de contaminación”.

En el caso objeto de estudio, la tutela se presentó en contra de particulares, propietarios y/o dueños de establecimientos de comercio, bares y discotecas, que con la emisión de niveles elevados de ruido en horas de la madrugada, perturban la tranquilidad e intimidad de las personas que viven en los barrios que colindan con estos.

De igual manera, las circunstancias del caso hacen evidente la posible afectación grave y directa del interés colectivo relacionado con los derechos a la intimidad y tranquilidad de los residentes de los barrios “Ipira” y “José

María Barbosa”, lo que da cuenta de la existencia tanto de un interés colectivo posiblemente afectado como de derechos fundamentales involucrados.

Por otra parte, esta Sala encuentra que en el presente caso el requisito de la inmediatez se encuentra satisfecho, pues aunque la problemática ocurre desde hace diez años, los actos y omisiones que presuntamente vulneran los derechos fundamentales de los accionantes se presentan en la actualidad, de forma que la posible violación de derechos es actual y se produce de manera permanente.

Finalmente, entiende que también concurre el requisito de subsidiariedad, atento a que los accionantes han agotado los otros mecanismos judiciales para remediar la situación de hecho que les causa una vulneración o amenaza a sus derechos.

2.2. Una de las derivaciones del principio de subsidiariedad es la improcedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos, pues en principio, estos deberían ser salvaguardados por las acciones contenidas en el art. 88 CP (acciones populares o de grupo) y no por la acción de tutela. Dicho artículo establece la acción popular como la herramienta idónea para la protección de los derechos e intereses colectivos. Al tratarse de un marco constitucional de protección distinto, el legislador dotó a cada una de ellas de un procedimiento especial y de un juez natural propio.

Sin embargo, esta Corte ha considerado que excepcionalmente la acción de tutela procede para la protección de derechos e intereses colectivos, cuando con la presunta vulneración de derechos fundamentales se afecten derechos colectivos. Los criterios a tener en cuenta para que proceda la excepción son: (i) que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo; (ii) el peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; (iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no debe ser hipotética, sino que debe aparecer expresamente probada en el expediente, y (iv) la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

Considerando tales criterios, esta Sala concluye que la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para el presente caso, ya que: (i) la presunta vulneración de los derechos fundamentales se encuentra vigente; (ii) la acción de tutela cumple con los requisitos jurisprudenciales para proteger los derechos presuntamente vulnerados, y (iii) se dirige en contra de particulares, dueños y/o propietarios de establecimientos de comercio que presuntamente afectan un interés colectivo, pero que se concreta en la afectación de los derechos fundamentales a la tranquilidad e intimidad de los accionantes.

2.3. El art. 15 CP establece que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”. El derecho a la intimidad implica la posibilidad de exigirles a los demás individuos el respeto de un ámbito exclusivamente personal, en donde se

resguardan aquellas conductas o actitudes que corresponden al fuero personal y en el que, en principio, no se aceptan las intromisiones externas. En este orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la intimidad protege a cada persona de injerencias arbitrarias por parte del Estado o de la sociedad, de manera que puedan lograr un pleno desarrollo de su vida personal, familiar y social.

Los precedentes T-359/2011 y T-343/2015 estudiaron casos muy similares al que es objeto de estudio: se trataban de habitantes de los barrios de Montería y Bogotá, respectivamente, que alegaban la violación de sus derechos fundamentales a la intimidad, a la tranquilidad, a la dignidad humana y a la salud, ya que los establecimientos de comercio (principalmente, bares y discotecas) que colindaban con sus viviendas no respetaban los niveles de ruido permitidos y las autoridades municipales no realizaban los controles necesarios para evitar la perturbación de tales derechos. Esta Corte sostuvo que las autoridades municipales eran las responsables de proteger y respetar los derechos invocados, de manera que estas debían iniciar y tomar las medidas administrativas para garantizarlos.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los derechos a la intimidad y –como una derivación de ello– a la tranquilidad pueden ser vulnerados por particulares cuando a través de altos niveles de ruido se produzca una intromisión y perturbación en los domicilios de las personas, y se impida con ello gozar de un espacio libre de cualquier injerencia externa.

2.4. El art. 315 CP establece las atribuciones de los alcaldes municipales, como primera autoridad de policía. Entre sus obligaciones, están cumplir y hacer cumplir la Constitución y todo el ordenamiento jurídico, y conservar el orden público en el municipio. Las autoridades municipales son quienes deben velar por el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas, y, más específicamente, a los fines de lograr la eficacia de las normas que propenden por la convivencia pacífica y armónica entre las mismas (art. 2 CP).

En lo concerniente a los deberes de control y seguimiento que deben realizar las entidades municipales sobre los establecimientos de comercio, el art. 4 de la Ley 232/1995 impuso a estas autoridades la obligación de verificar los requisitos contenidos en esa normativa para su funcionamiento de manera que, de no llegarse a cumplir alguno de ellos, la autoridad municipal pueda adoptar alguna de las siguientes medidas: requerimiento de cumplimiento, imposición de multas, o suspensión de actividades comerciales o clausura del establecimiento.

Asimismo, compete a la Administración la prevención y control de las molestias, alteraciones y emisión de ruidos que producen los establecimientos públicos a la luz de lo dispuesto mediante la Resolución 8321/1983, “por la cual se dictan normas sobre Protección y conservación de la Audición de la Salud y el bienestar de las personas, por causa de la producción y emisión de ruidos”, que establece los niveles sonoros permitidos durante el día y la noche en zonas residenciales, comerciales, industriales y de tranquilidad. Otra de las funciones que debe cumplir el alcalde municipal, en colaboración con las secretarías de planeación municipal, es la de orientar y dirigir las políticas de planeación territorial de conformidad con la Constitución y la ley, función que se materializa con la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial

Municipal, el cual constituye una herramienta para reglamentar el uso del suelo y para conservar el orden público en el municipio, pues al delinear los sitios en que se pueden ejecutar ciertas actividades, se garantiza que cada sujeto goce de un espacio determinado y apto para sus labores.

En conclusión, el ordenamiento jurídico impone a las autoridades municipales la responsabilidad de proteger y respetar los derechos de los particulares, crear las directrices del uso del suelo, y velar por la convivencia pacífica y armónica entre las personas. En este sentido, la Administración cuenta con medidas administrativas propias del poder de policía para cumplir con las finalidades establecidas en el art. 2 CP.

2.5. En el caso bajo estudio, algunos residentes de los barrios “Ipira” y “José María Barbosa” del Municipio Roldanillo presentaron acción de tutela en contra de dicho municipio y algunos establecimientos de comercio que colindan con tales barrios, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la intimidad y a la tranquilidad, como quiera que estos no cumplen con los niveles de ruido permitidos, no tienen los permisos para operar, hacen perifoneo para patrocinar sus eventos, presentan “*shows de strippers*”, animadores, eventos musicales en vivo y queman pólvora, todo ello, sin estar sujetos a un horario establecido por parte de las autoridades locales. Igualmente, indicaron que las autoridades municipales han sido negligentes y descuidadas frente a este tipo de eventos, pues no han hecho un control y seguimiento efectivo sobre los establecimientos de comercio, lo que ha permitido la proliferación de los mismos. Por su parte, los apoderados de los accionados manifestaron que cumplen con toda la normatividad en la materia y tienen los permisos vigentes para operar. Además, enfatizaron en que la zona en la cual se encuentran los establecimientos es comercial, lo que habilita a los comerciantes para tener este tipo de negocios que generan ciertos niveles de ruido. Las entidades locales manifestaron que han actuado conforme a la ley y han hecho todos los controles respectivos, de manera que en todo momento se ha realizado un seguimiento a los establecimientos de comercio para que estos cumplan con la normativa vigente en la materia, so pena de que sean sancionados.

Esta Sala advierte que los barrios mencionados fueron construidos en zonas residenciales desde el año 1978, época en la que estaba vedada la construcción de inmuebles que no tuvieran las características de ser de uso residencial. Con el paso de los años, ese sector pasó a ser comercial, sin dejar de lado la parte habitacional (zona de uso mixto), conforme a las modificaciones posteriores aprobadas por el honorable Concejo Municipal (Acuerdo 157/2000). Siendo así, si bien los accionados se encuentran ubicados en una zona comercial que les permite operar como establecimientos de comercio, ello no los exime de cumplir con las medidas y exigencias que exigen la Ley 232/1995 y el Decreto 1879/2008.

La Sala analizó individualmente a cada establecimiento accionado a fin de establecer cuáles cumplían con los requisitos señalados en el art. 2º de la Ley 232/1995, más específicamente, en el literal *a)* del mismo –uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destino–, y se constató que la mayoría de ellos no cumple con el uso del suelo. De acuerdo con la información suministrada por el Secretario de

Gobierno y demás pruebas recaudadas, ningún establecimiento de comercio, a excepción del bar “San Blas”, cumple con el requisito de insonorización ni tampoco con tener un plan de manejo de ruido. La CVC realizó un estudio de ruido en la “zona rosa” de Roldanillo e indicó que durante el día los niveles de ruido estaban controlados, pero que en la noche no cumplían en un 70% debido a las actividades de comercio de bares, discotecas y estancos. Finalmente, el jefe de la estación de Policía de Roldanillo informó que en reiteradas oportunidades ha debido clausurar temporalmente o amonestar a los administradores de varios establecimientos por incumplir con los horarios de funcionamiento que se encuentran comprendidos en el Decreto 57/2014 (que establece el horario de atención al público en los establecimientos públicos del lugar).

Esta Sala reconoce que han existido medidas por parte de las autoridades municipales para atenuar y mejorar la situación estudiada (*vgr.* la capacitación brindada a los dueños y propietarios de los establecimientos de comercio para combatir la contaminación auditiva, la creación de un Comité Municipal Interdisciplinario para la Emisión del Ruido Ambiental y la eliminación en la amplitud de los horarios de servicio); sin embargo, ello ha sido insuficiente para contrarrestar la situación estudiada, pues la misma sigue vigente y los derechos fundamentales de los residentes del lugar siguen vulnerándose.

El Personero Municipal afirmó que se han concedido permisos de uso de suelo sin que se tengan los requisitos legales para ello, lo que ha permitido la proliferación de los establecimientos de comercio, pues no se tiene un control de los mismos. Particularmente, señaló que “en observancia y cumplimiento de la Ley, que son presuntamente trasgredidas por las autoridades competentes, se les advierte y previene [al secretario de planeación municipal y al Alcalde] de que en caso de seguir otorgándose permisos para apertura de establecimiento [*sic*] expendedores de bebidas embriagantes en el sector de la zona rosa, permiso para invasión del espacio público en la zona rosa, renovación del uso de suelo sin los requisitos [*sic*] de Ley, inexorablemente se debe iniciar las investigaciones disciplinarias correspondiente [*sic*] para determinar las conductas disciplinarias a sancionar por los Ententes de control correspondiente”. Asimismo, advirtió que el “Comité Municipal Interdisciplinario para la Emisión del Ruido” ha sido inoperante, ya que no se cuenta con un mapa de ruido para el municipio de Roldanillo, como tampoco con un plan de acción en materia de educación ambiental y de ruido, y de descontaminación auditiva.

Siendo así, esta Sala concluye que los niveles elevados de ruido emitido por los establecimientos de comercio debido a la falta de insonorización exigida por la Ley 232/1995 han causado una vulneración en los derechos fundamentales a la tranquilidad e intimidad de los accionantes; y que, además, las medidas adoptadas por algunas entidades administrativas han sido insuficientes e ineficaces para solucionar la problemática planteada, de manera que es fundamental que se tracen nuevas directrices que permitan que la comunidad de los barrios “Ipira” y “José María Barbosa” conviva de manera armónica y pacífica con los establecimientos de comercio con los cuales colindan.

Se recuerda que una de las obligaciones constitucionales que tienen los particulares en el Estado Social de Derecho es la de respetar los derechos ajenos y

no abusar de los propios, y obrar conforme al principio de solidaridad social (art. 95, incs. 1 y 2 CP). De esta manera, es fundamental que los accionantes gocen de los derechos a la tranquilidad e intimidad, y que los accionados puedan ejercer su derecho a la libertad económica y de empresa, de modo que convivan de manera pacífica y armónica.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-099/16, *Ruby Benítez Agudelo y otros c. Municipio de Roldanillo y otros*, sentencia del 29-2-2016, en <<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2016/t-099-16.htm>>.



DERECHO AMBIENTAL. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO. DERECHO AL SANEAMIENTO AMBIENTAL. **MENORES. SALUD.** DERECHO A LA SALUD. DERECHO AL AGUA. SUMINISTRO DE AGUA POTABLE EN CONDICIONES DE DISPONIBILIDAD, CALIDAD Y ACCESIBILIDAD. **DERECHO A LA VIDA. DIGNIDAD HUMANA. AMPARO. ACCIÓN POPULAR.** PROCEDENCIA. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: doce madres comunitarias del Corregimiento de San Anterito (Municipio de Montería, Departamento de Córdoba), en su carácter de agentes oficiosas de 128 niños que tienen a su cargo, interpusieron una acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Montería, Proactiva-Aguas de Montería S.A. E.S.P., la Gobernación de Córdoba y Aguas de Córdoba S.A. E.S.P., denunciando el inadecuado suministro de agua potable y que, en consecuencia, estas entidades estaban desconociendo los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y al saneamiento ambiental de los menores al no construir un acueducto en el lugar. En el mencionado corregimiento, existen quince hogares infantiles para asistir a un máximo de 225 niños; no se cuenta con un servicio de acueducto y sus habitantes se abastecen del agua de dos represas que, debido al cambio climático y al aumento de la población, ahora están secas. Por ello, las accionantes solicitaron: *i*) que se ordenara al Alcalde de Montería garantizar un suministro mínimo de 50 litros diarios de agua para cada niño por el sistema de carrotanques mientras se construyera el acueducto de esa localidad; *ii*) que se ordenara a las entidades accionadas disponer de los recursos necesarios para la ejecución de las obras del sistema de acueducto de la comunidad; y *iii*) que la decisión tuviera efectos *inter comunis*, teniendo en cuenta que algunas madres comunitarias del corregimiento no habían participado de esta acción pese a que se encontraban en la misma situación que las presentantes.

En primera instancia, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Montería consideró improcedente la acción de tutela, al entender que existía otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos invocados, como lo es la acción popular.

Las accionantes impugnaron dicha decisión sin sustentar el recurso.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería –Sala Primera de Decisión Civil, Familia y Laboral– confirmó la decisión del *a quo*, argumentando

que el caso trata del eventual desconocimiento del derecho colectivo de acceso a la prestación de un servicio público o de la construcción de la infraestructura de un servicio público que garantice la salubridad pública, del que no se deriva la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela.

La Sala de Selección de Tutela de la Corte Constitucional decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

2. Sentencia: se declara la carencia actual de objeto por hecho superado y se revocan las sentencias objeto de recurso.

Se advierte a la Alcaldía de Montería que, mientras se ejecuta el proyecto “Optimización del sistema de acueducto del corregimiento San Isidro y las veredas Galilea, Los Mocholos, Nuevo Paraíso, Gran Esfuerzo, El Congo, Nueva Ola, San Anterito y Salamina del municipio de Montería en el departamento de Córdoba”, debe cumplir con su obligación constitucional y legal de asegurar a los niños del Corregimiento de San Anterito, a favor de quienes se interpuso la acción de tutela, las garantías mínimas del derecho fundamental al agua, asegurándose de no afectar nuevamente la disponibilidad y accesibilidad a este recurso.

Se insta a la Defensoría del Pueblo para que, en el marco de sus funciones constitucionales y legales, supervise la satisfacción efectiva de las garantías mínimas del derecho fundamental al agua reconocidas a los niños antes referidos mientras se ejecuta el proyecto mencionado.

Se insta a la Contraloría General del Departamento de Córdoba para que, en el marco de sus funciones constitucionales y legales, vigile la gestión fiscal en la ejecución del referido proyecto.

2.1. El art. 44, inc. 2 de la Constitución Política (CP) prevé un mandato general a la protección a la niñez, del cual se desprende una regla especial y amplia de legitimación activa a favor de los niños. Esta Corte entiende que esta disposición está fundada en el principio del interés superior del niño y se justifica por la situación especial en la que estos se encuentran. En esa medida, ha establecido que cualquier persona que observe una amenaza a los derechos fundamentales de los niños puede exigir la intervención de la autoridad competente. Siendo así, se encuentra satisfecho el requisito de la legitimación activa.

Por otra parte, se advierte que esta acción se dirige contra la Alcaldía Municipal de Montería, la Gobernación de Córdoba, Proactiva-Aguas de Montería S.A. E.S.P., y Aguas de Córdoba S.A. E.S.P. Se trata, entonces, de dos autoridades públicas y dos empresas de servicios públicos, por lo cual tienen legitimación pasiva en términos de los arts. 5, 13 y 42.3 del Decreto 2591/1991.

2.2. Con relación a la procedencia, esta Corte ha examinado especialmente el requisito de subsidiariedad. El art. 86 CP establece la acción de tutela para reclamar a los jueces la protección de derechos constitucionales fundamentales, en tanto que el art. 88 prevé la existencia de acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, los cuales se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el medio ambiente,

la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. La distinción entre derechos fundamentales y derechos colectivos es relevante por cuanto a cada uno corresponden distintos remedios judiciales. En coherencia con esto, el art. 6.3 del Decreto 2591/1991 dispone que la acción de tutela no es procedente cuando se pretende proteger derechos colectivos. En todo caso, la acción de tutela puede interponerse como mecanismo transitorio en situaciones que comprometen derechos o intereses colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable. Consecuentemente, la improcedencia de la acción de tutela en situaciones que involucren derechos o intereses colectivos no es una regla absoluta.

Cabe determinar si, tal como fue considerado por los jueces de instancia, resulta improcedente el ejercicio de esa acción de tutela por cuanto, al tratarse de un caso relacionado con derechos e intereses colectivos, las accionantes contaban con otro mecanismo judicial, a saber, la acción popular.

Los hechos planteados en esta acción de tutela dan cuenta de un riesgo inminente, a saber, que al momento de promoción de la acción no se contaba con un servicio de acueducto y las fuentes de abastecimiento de agua eran insuficientes. Igualmente, el riesgo es grave, por la estrecha relación que existe entre el suministro adecuado de agua y la vida, la salud y el bienestar de las personas, en este caso, niños, quienes son, además, sujetos de especial protección constitucional.

Por lo anterior, esta Corte estima que la comunidad del Corregimiento de San Anterito se encuentra, en efecto, en una situación delicada en materia de prestación del servicio de agua potable que plantea el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable contra los niños en cuyo favor se interpuso la acción de tutela.

Consecuentemente, se advierte que si bien todas las pretensiones formuladas en la presente acción de tutela podían ser resueltas mediante acciones populares, al existir un riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, en el caso resulta procedente la acción intentada.

Siendo así, corresponde analizar el fondo del asunto sometido a revisión.

2.3. La cuestión jurídica a resolver es si las autoridades demandadas desconocieron los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al saneamiento ambiental, y al principio de dignidad humana de 128 niños habitantes del Corregimiento de San Anterito, por la falta de construcción de un acueducto en el lugar.

Una de las finalidades sociales del Estado es garantizar la satisfacción de las necesidades de las personas en materia de agua. En este sentido, existe un interés legítimo de los niños representados en la presente acción de tutela en exigir al Estado la garantía de su derecho a un suministro adecuado de agua para su consumo, lo que muestra que el caso revisado se inscribe dentro del ámbito de protección del derecho fundamental al agua, en los términos en los que lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

A los fines de tomar una decisión, este Tribunal ha estudiado el alcance y el contenido del derecho fundamental al agua para consumo humano, y luego ha analizado la jurisprudencia constitucional sobre la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado (que tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental invocado, por lo que el peticionario deja de tener interés jurídico y, en consecuencia, así debe ser declarado).

Sobre esa base, esta Corte entiende que el Estado se encuentra cumpliendo con su obligación de carácter progresivo en materia del derecho fundamental al agua para consumo humano, pues se está ejecutando el proyecto “Optimización del sistema de acueducto del corregimiento San Isidro y las veredas Galilea, Los Mocholos, Nuevo Paraíso, Gran Esfuerzo, El Congo, Nueva Ola, San Anterito y Salamina del municipio de Montería en el departamento de Córdoba” y, además, de forma preventiva, suministra agua por carrotanque. La construcción del acueducto y las medidas inmediatas adoptadas por la Alcaldía de Montería, en coordinación con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, y Proactiva-Aguas de Montería S.A. E.S.P., beneficiarán no solo a los 128 niños en cuyo favor se presentó la acción de tutela, sino a la comunidad en general, por lo que la pretensión relacionada con la modulación del fallo de tutela, para que este tuviera efectos *inter pares*, también se satisface.

Por lo dicho, se declara la carencia actual de objeto por hecho superado. Aun así, la Corte puede mantener la potestad de pronunciarse sobre el caso y, en tal sentido, revoca los fallos de instancia que declararon la improcedencia de la acción de tutela. Asimismo, advierte a la Alcaldía de Montería para que, mientras se ejecuta el proyecto “Optimización del sistema de acueducto del corregimiento San Isidro y las veredas Galilea, Los Mocholos, Nuevo Paraíso, Gran Esfuerzo, El Congo, Nueva Ola, San Anterito y Salamina del municipio de Montería en el departamento de Córdoba”, dé cumplimiento a su obligación constitucional y legal de asegurar a los habitantes del Corregimiento de San Anterito las garantías mínimas del derecho fundamental al agua, asegurándose de no afectar nuevamente la disponibilidad y accesibilidad a este recurso, e insta a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General del Departamento de Córdoba para que, en el marco de sus competencias, coadyuven en las labores de verificación de cumplimiento de la mencionada obligación constitucional y legal.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela interpuesta por Lidia del Rosario Yáñez González y otras contra la Alcaldía Municipal de Montería, Proactiva-Aguas de Montería S.A. E.S.P., Gobernación de Córdoba y Aguas de Córdoba S.A. E.S.P., sentencia T-218/17 del 19-4-2017, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-218-17.htm>>.



DERECHO AMBIENTAL. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. RELACIÓN DE INTERDEPENDENCIA ENTRE EL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS. **DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.** OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN CON EL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** ALCANCE EN TÉRMINOS DE LA CADH. **OPINIONES CONSULTIVAS** (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – COLOMBIA).

1. Solicitud: la República de Colombia, con motivo de la grave degradación del entorno marino y humano en la Región del Gran Caribe que puede resultar de

las acciones y/u omisiones de los Estados ribereños del Mar Caribe en el marco de la construcción de nuevas grandes obras de infraestructura, formuló una serie de consultas específicas relativas a las obligaciones que tienen los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los arts. 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo tratado.

(i) De acuerdo con lo estipulado en el art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, ¿debe considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado Parte, está sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el caso específico en el que, de forma acumulativa, se cumplan las cuatro condiciones que a continuación se enuncian?:

1) que la persona resida o se encuentre en una zona delimitada y protegida por un régimen convencional de protección al medio ambiente del que dicho Estado sea parte;

2) que ese régimen convencional prevea un área de jurisdicción funcional (*v.gr.* el previsto en el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe);

3) que en esa área de jurisdicción funcional los Estados Parte tengan la obligación de prevenir, reducir y controlar la polución cumpliendo una serie de obligaciones generales y/o específicas; y

4) que, como consecuencia de un daño al medio ambiente o de un riesgo de daño ambiental en la zona protegida por el convenio de que se trate, atribuible a un Estado Parte del convenio y del Pacto de San José de Costa Rica, los derechos humanos de la persona en cuestión hayan sido violados o se encuentren amenazados.

(ii) Las medidas y los comportamientos por acción y/u omisión de uno de los Estados Parte, cuyos efectos sean susceptibles de causar un daño grave al medio ambiente marino —que constituye el marco de vida y una fuente indispensable para el sustento de la vida de los habitantes de la costa y/o islas de otro Estado Parte—, ¿son compatibles con las obligaciones formuladas en los arts. 4.1 y 5.1 en relación con el art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica?

(iii) Las normas que establecen la obligación de respetar y de garantizar los derechos y libertades enunciados en los arts. 4.1 y 5.1 del Pacto, ¿deben ser interpretadas —y, en caso afirmativo, en qué medida— en el sentido de que de ellas se desprende la obligación de los Estados miembros del Pacto de respetar aquellas fundadas en el derecho internacional del medio ambiente que buscan impedir un daño ambiental susceptible de limitar o imposibilitar el goce efectivo del derecho a la vida y a la integridad personal, y que una de las maneras de cumplir dicha obligación es a través de la realización de estudios de impacto ambiental en una zona protegida por el derecho internacional y de la cooperación con los Estados que resulten afectados? De ser aplicable, ¿qué parámetros generales se deberían tener en cuenta en la realización de los estudios de impacto ambiental en la Región del Gran Caribe y cuál debería ser su contenido mínimo?

2. Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1. *La protección del medio ambiente y los derechos humanos*

Este Tribunal reconoce la relación existente entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental afecta el goce efectivo de aquellos. Asimismo, se destaca la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, pues el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Debido a esta estrecha conexión, se pudo constatar que actualmente múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho a un medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, a la vez que no hay duda de que otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el art. 11 del Protocolo de San Salvador, que reza: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el art. 26 de la Convención Americana.

El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal que se debe tanto a las generaciones presentes como futuras. En su dimensión individual, su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, en virtud de su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

El derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. Algunos derechos humanos son más susceptibles de ser violentados que otros frente a la degradación ambiental. Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: (i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (*v.gr.* los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y (ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (*v.gr.* los derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo).

Colombia consultó a este Tribunal sobre las obligaciones sustantivas y procesales de los Estados en materia de protección del medio ambiente que surgen

del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal. No obstante, este Tribunal resaltó cómo otros múltiples derechos podrían verse afectados por el incumplimiento de las obligaciones ambientales, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales protegidos por el Protocolo de San Salvador, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados e instrumentos, y, específicamente, el derecho a un medio ambiente sano.

2.2. El término jurisdicción en el art. 1.1 de la Convención Americana, a efectos de la determinación de las obligaciones estatales respecto de la protección del medio ambiente

Esta Corte entiende que, en su primera pregunta, Colombia consultó sobre la interpretación del término “jurisdicción” en el art. 1.1 de la Convención Americana en el marco del cumplimiento de obligaciones en materia ambiental, particularmente respecto de actos cometidos fuera del territorio nacional de un Estado o que producen efectos fuera del territorio nacional de un Estado.

Al respecto, este Tribunal opina que: *a)* los Estados Parte de la Convención Americana tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en dicho instrumento a toda persona bajo su jurisdicción; *b)* el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado acarrea su responsabilidad por las conductas que le sean atribuibles y que se aleguen violatorias de los derechos consagrados en la Convención Americana; *c)* la jurisdicción de los Estados, en cuanto a la protección de los derechos humanos de las personas en términos de la Convención Americana, no se limita a su espacio territorial: el término “jurisdicción” en la Convención Americana es más extenso que el territorio de un Estado e incluye situaciones más allá de sus límites territoriales, por lo que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, aunque no estén dentro de su territorio; *d)* el ejercicio de la jurisdicción en términos del art. 1.1 de la Convención Americana, fuera del territorio de un Estado, es una situación excepcional que debe analizarse en cada caso concreto y de manera restrictiva; *e)* el concepto de jurisdicción en términos del art. 1.1 de la Convención Americana abarca toda situación en la que un Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre la o las personas, sea dentro o fuera de su territorio; *f)* los Estados deben velar por que su territorio no sea utilizado de modo que se pueda causar un daño significativo al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de los límites de su territorio; por lo tanto, los Estados tienen la obligación de evitar causar daños transfronterizos; *g)* los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su control afecten los derechos de las personas dentro o fuera de su territorio; *h)* frente a daños transfronterizos, una persona está bajo la jurisdicción del Estado de origen si media una relación de causalidad entre el hecho que ocurrió en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio. El ejercicio de la jurisdicción surge cuando el Estado de origen ejerce un control efectivo sobre las actividades llevadas a cabo que causaron el daño y consecuente violación de derechos humanos.

2.3. Obligaciones derivadas de los deberes de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal en el contexto de la protección del medio ambiente

Esta Corte entiende que, en la segunda y la tercera preguntas, Colombia solicitó que se determinaran las obligaciones estatales relacionadas con el deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y la integridad personal en relación con daños al medio ambiente.

Al respecto, este Tribunal estima que a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal: *a)* los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio; *b)* con el propósito de cumplir la obligación de prevención, los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efectos de contar con medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aun cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado; *c)* los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aun en ausencia de certeza científica; *d)* los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente; *e)* con el propósito de cumplir la obligación de cooperación, los Estados deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento de que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar de buena fe con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos; *f)* los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, consagrado en el art. 13 de la Convención; *g)* los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el art. 23.1.a de la Convención, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente; *h)* los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión.

Las obligaciones anteriormente descriptas fueron desarrolladas en relación con los deberes generales de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal, al ser estos los derechos a los cuales hizo referencia el Estado en su solicitud. No obstante, se advierte que ello no significa que estas obligaciones no existan con respecto a los demás derechos que son particularmente vulnerables a la degradación del medio ambiente.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-23/17, *Medio ambiente y derechos humanos*, 15-11-17, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>.



DERECHO AMBIENTAL. SANCIONES ADMINISTRATIVAS MEDIOAMBIENTALES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PRINCIPIO DE TIPICIDAD. PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (CHILE).

1. Antecedentes del caso: la Comisión de Evaluación de la Sexta Región de Chile le impuso a Centro de Manejo de Residuos Orgánico Colhue S.A. (Colhue) una multa de 650 unidades tributarias mensuales (UTM) por el supuesto incumplimiento de las condiciones que se habrían considerado para aprobar su proyecto de manejo de residuos.

Contra dicha sanción, Colhue efectuó un reclamo ante el Primer Juzgado de Letras de Rengo, el cual rechazó su reclamo.

Colhue apeló dicha resolución. La Corte de Apelaciones de Rancagua interviene como alzada. Colhue S.A. solicitó al Tribunal Constitucional un pronunciamiento de inaplicabilidad para que surta efectos en el proceso sobre dicha apelación por inconstitucionalidad del inc. 1 del artículo único de la Ley 20.473, en cuanto establece, genéricamente, que el incumplimiento de condiciones sobre la base de las cuales se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) origina las sanciones que allí se señalan.

Colhue sostuvo que la imputación que le ha efectuado la administración ambiental para multarla está fundada en hipotéticas transgresiones a las condiciones sobre las cuales se aceptó la DIA referida a su proyecto. Expresó que de conformidad con el art. 25 de la Ley 19.300, vigente al momento de la calificación ambiental de su proyecto, y con la parte dispositiva de la resolución de calificación ambiental, esta no contiene condición alguna, sino que constituyó un acto administrativo puro y simple.

Explicó que, con anterioridad, la Ley 19.300 establecía las sanciones administrativas medioambientales regulándolas en su art. 64. Dado que la Ley 20.417 derogó aquel artículo y la vigencia de las disposiciones de esta última quedó diferida hasta que entrara en funciones el respectivo Tribunal Ambiental, aquella materia sancionatoria dejó de estar regulada por un período de tiempo. Para remediar dicho vacío legal se sancionó la Ley 20.473. Y dado que esta era la norma vigente al momento en que se desarrolló el procedimiento administrativo que culminó con la aplicación de la multa que se objeta, es la que debe de ser aplicada para resolver la impugnación referida.

Sostuvo que el texto del precepto cuestionado no permite saber con certeza —de manera previa— cuáles son esas condiciones que derivan en su sanción, problema que no existía con la regulación anterior ni tampoco con el régimen posterior. Tal situación merece severos reproches de constitucionalidad y legalidad: (i) vulnera el principio de tipicidad (la norma desconoce el art. 19.3, inc. final de la Constitución Política de la República (CP), que rige todo el derecho sancionador, el cual cumple una función de garantía al exigir la previa descripción legal de la conducta infractora, y nada dice respecto de las condiciones cuyo incumplimiento constituye una infracción); (ii) vulnera el principio de reserva legal (por cuanto el principio de juridicidad —art. 7 CP— importa que el legislador fije límites y parámetros de actuación a la Administración y, en materia sancionatoria, ello se traduce en la existencia de

preceptos legales que normen la tipificación de las eventuales faltas, las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad, y la proporcionalidad que debe observar la sanción respecto de la contravención, lo que no ocurre con el precepto impugnado); (iii) vulnera el principio de proporcionalidad (que emana de la referencia a lo que “favorezca al afectado” –art. 19.3, inc. 8 CP– y que es manifestación del principio de igualdad ante la ley, pero que es desatendido por el precepto legal objetado ya que no permite calibrar la gravedad de las faltas, de manera que exista una debida correlación entre estas y la magnitud de la sanción aplicable, por lo que esta queda sujeta a la arbitrariedad decisoria de la autoridad administrativa); y (iv) vulnera el principio de la debida defensa (en atención a que, como la autoridad administrativa puede determinar a su arbitrio cuál es la infracción y la sanción, al ejercerse el control judicial de su acto desfavorable, no se puede contrastar lo actuado con parámetros explícitos de tipicidad y proporcionalidad).

2. Sentencia: se acoge el requerimiento deducido por Centro de Manejo de Residuos Orgánico Colhue S.A. y se declara que el inc. 1 del artículo único de la Ley 20.473 es contrario a la Constitución Política de la República.

2.1. El conflicto de constitucionalidad planteado consiste en determinar si la aplicación del precepto reprochado vulnera o no los principios de tipicidad, reserva legal, proporcionalidad y el derecho a la defensa jurídica.

2.2. En esta causa se cuestiona el artículo único de la Ley 20.473, porque su insuficiente regulación –carente de todo parámetro– permite a la autoridad administrativa calificar como infracciones cualquier supuesto incumplimiento de las “normas y condiciones” que contendría la DIA que ampara a la requirente. Además, esta norma deja a la autoridad fijar a su arbitrio el monto de la multa aplicable “hasta quinientas unidades tributarias mensuales”.

La autoridad se ha valido de la insuficiencia de la ley cuestionada para imputar a la requirente el incumplimiento de ciertas “condiciones” que no están presentes –ni pudieron jurídicamente estar presentes– en la resolución que aceptó su DIA, además de imponerle una multa –sin adecuación– ascendente a 650 UTM.

2.3. Atendidas dichas circunstancias –no controvertidas–, la presente acción de inaplicabilidad será acogida, precisamente, porque la aplicación de la norma legal impugnada da por resultado una vulneración a la garantía contemplada en el art. 19.3 CP en lo atinente a la tipicidad de las infracciones y proporcionalidad de las sanciones.

2.4. La Ley 20.473 tuvo por objeto cubrir el interregno que se produjo entre el cese parcial de la Ley 19.300 y la entrada en vigor de la Ley 20.417 (período comprendido entre el 25 de enero de 2010 y el 4 de marzo de 2013). Para llenar este vacío normativo, Ley 20.473 tuvo la opción de elegir entre dos preceptivas que le eran conocidas: mantener plenamente vigentes las disposiciones anteriores de la Ley 19.300 o darle eficacia inmediata a las nuevas disposiciones de la Ley 20.417, en lo pertinente. La Ley 20.473 en su artículo único reprodujo el ahora

derogado art. 64 de la Ley 19.300, pero quedando este texto escindido del entorno normativo del que hacía parte.

La disyuntiva entre leyes aplicables cobra importancia, porque de haberse mantenido íntegramente vigente la Ley 19.300, en la especie la multa administrativa no habría podido ser cursada. Lo mismo a la inversa, ya que si se hubiese anticipado parcialmente la vigencia de la Ley 20.417, la sanción tampoco podría haberse aplicado.

La aplicación del artículo único de la Ley 20.473 da por resultado la impugnada inconstitucionalidad, al prestarse para que la autoridad administrativa pueda imponer sanciones de un modo absolutamente discrecional, esto es, por ilícitos que esa misma autoridad concibe y con castigos cuyo rigor ella libremente decide.

2.5. Colhue es titular de una DIA aceptada por la Resolución 31/2008 de la Comisión Regional del Medio Ambiente competente bajo el imperio de la Ley 19.300.

Cumpliendo con esta, dicho acto administrativo describió el proyecto, indicó taxativamente la normativa ambiental exigible al mismo y lo calificó favorablemente certificando que cumple con la normativa de carácter ambiental que le corresponde. Siendo así, resulta improcedente una sanción por incumplimiento de “normas y condiciones” (artículo único de la Ley 20.473), ya que la Ley 19.300 solo permitía establecer “condiciones” en las resoluciones aprobatorias de Estudios de Impacto Ambiental, no así en las recaídas en Declaraciones de Impacto Ambiental –como es el caso de Colhue–, las que únicamente podían exigir a su destinatario el cumplimiento de las pertinentes “normas” ambientales imperantes.

2.6. La DIA es el documento descriptivo de un proyecto que se pretende realizar, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes. El art. 18, inc. 1 de la Ley 19.300 agrega que “[l]os titulares de los proyectos o actividades que deban someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental y que no requieran elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, presentarán una Declaración de Impacto Ambiental bajo la forma de una declaración jurada, en la cual expresarán que éstos cumplen con la legislación ambiental vigente”.

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) es el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación; debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental, y describir las acciones que se ejecutarán para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos. Ello así, pues las actividades que requieran de un EIA son tenidas como capaces de afectar el medio ambiente en general o de menoscabarlo de modo significativo.

En resumen, a tenor de la Ley 19.300, las resoluciones atinentes a las DIA únicamente describen el proyecto aceptado e individualizan “las normas ambientales vigentes” que debe cumplir su titular, certificando que las respeta después de un

proceso de simple “revisión” por parte de la autoridad, en tanto que las resoluciones aprobatorias de EIA tienen que indicar, además de la “legislación ambiental vigente” que es impuesta al proyecto o actividad, las “condiciones o exigencias” apropiadas al proyecto, esto es, las medidas de mitigación o compensación que se han de implementar para poder llevarlo a cabo, conforme a un previo proceso administrativo de “calificación”. En este contexto se insertaba armónicamente el art. 64 de la Ley 19.300, cuando sancionaba el incumplimiento de las “normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental”: la infracción de las “normas” en el caso de las DIA, y el quebrantamiento de las “normas y condiciones” en el caso de los EIA. La ley no contempló la imposición de sanciones para el caso de que el titular de una DIA incumpliera unas supuestas “condiciones” insertas en dicha Declaración, por la sencilla razón de que este acto administrativo no podía incluir condición o exigencia alguna.

2.7. Este Tribunal tiene dicho que a las sanciones administrativas les son aplicables idénticas garantías y principios que rigen a las penas en materia penal, contemplados en la CP, por configurar ambos órdenes de materias manifestaciones de un mismo *ius puniendi* del Estado, pues no cabe tratar peor al administrado que al delincuente. Entre estos postulados se encuentran los principios de tipicidad de las conductas y de proporcionalidad de las sanciones, encarnados como garantías en el art. 19.3 CP.

2.8. Cuando la legislación crea figuras de infracciones indefinidas, contraría el principio constitucional de tipicidad, a la vez que vulnera el principio de proporcionalidad cuando establece sanciones sin pautas jurídicas precisas que modulen su aplicación.

2.8.1. El principio de tipicidad exige que la conducta constitutiva de infracción se encuentre descripta en la ley de manera clara, patente y especificada —esto es, expresamente— a fin de prevenir que no se produzcan excesos o arbitrariedades al momento de su aplicación. Así, resulta pasible de tacha de inconstitucionalidad el artículo único de la Ley 20.473, pues deja que la autoridad administrativa pueda catalogar como infracciones el incumplimiento de ciertas “condiciones” indeterminadas que deberían satisfacer los titulares de una DIA. Tal como llevaba claramente a distinguir el texto anterior de la Ley 19.300, los titulares de DIA solo podrían ser sancionados por incumplimiento de aquellas “normas” bajo las cuales se aceptó tal descripción del proyecto o actividad, y los titulares de un EIA podrían ser sancionados por incumplimiento de las “normas y condiciones” que se tuvo en cuenta al aprobarlos.

Sin embargo, la escasa consistencia normativa de ese artículo único, sumado al hecho de ser un escueto texto que quedó desarraigado de su contexto, hacen que la autoridad se haya sentido facultada para aplicarlo indiscriminadamente, tratando igual a los desiguales, por analogía, y haciendo extensiva una infracción que solo podían cometerla los titulares de EIA a los titulares de DIA (cuyas resoluciones fueron aceptadas en su momento de manera pura y simple, sin condiciones).

Por entre los espacios vacíos que le abre la ley, la autoridad administrativa innova, agregando un nuevo supuesto constitutivo de infracción: el “incumplimiento de las condiciones” abarcaría las variaciones que ha experimentado en sí el proyecto de Colhue, descrito originalmente en la DIA aceptada por Resolución 31/2008, aun cuando esos cambios no hubieran causado daño ambiental alguno. A igual conclusión se llegaría de aplicarse las reformas introducidas por la Ley 20.417, puesto que a partir de esta las DIA ahora pueden otorgarse con exigencias o condiciones en determinados supuestos. Esta nueva regulación no afecta a las resoluciones que aceptaron DIA con anterioridad, en atención a que los actos administrativos se rigen por la ley vigente al momento de su emisión.

2.8.2. La proporcionalidad de las sanciones o penas impuestas por las autoridades debe ser entendida a la luz de las exigencias naturales del derecho, por eso el art. 19.3, inc. 8 CP le manda al legislador describir la conducta ilícita que opera como antecedente y establecer la pena que le sigue como consecuente, en relación de justo equilibrio y adecuada proporción.

El principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley —el legislador debe ordenar racionalmente la acción infractora con sus correlativas penas conforme a la relevancia de los bienes jurídicos protegidos e incorporando al efecto márgenes mínimos y máximos de punición—, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la sanción —el órgano de ejecución debe seleccionar el prudente castigo individual conforme a ciertos criterios legales de graduación, tales como la trascendencia del daño, el grado de voluntariedad del hecho, su condición o no de reincidente, etc.—. Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad de jueces y administradores, en procura de que no incursionen en el peligroso campo de la arbitrariedad.

El artículo único de la Ley 20.473 no contempla parámetro alguno que sirva para modular la imposición de las sanciones que ella señala —amonestación, multa de hasta 500 UTM, revocación—, lo que en este caso ha servido a la autoridad administrativa para aplicar una sanción sin invocar ningún grado de afectación a estos u otros bienes jurídicos relevantes.

Las disposiciones de la Ley 20.417 eran conocidas por la autoridad que sancionó a Colhue, al haberse publicado esta el 26 de enero de 2010, aunque su vigencia se encontraba diferida, lo cual no obstaba a su aplicación *in actum*, a modo de criterios generales y de garantías procesales sobrevenidos con la ley más favorable, acorde con el deber que pesa sobre las autoridades de otorgar una tutela administrativa efectiva. Pero, por el contrario, es ese vacío del artículo único de la Ley 20.473 lo que permite a la autoridad sancionar de un modo inexplicado —sin fundamentos coherentes e inteligiblemente expresados— un concurso real o material de supuestas infracciones distintas, independientes y separadas con una sola multa agravada.

2.9. Por lo dicho, se concluye que la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley 20.473 deriva de la parvedad de su texto, que permite perseguir y castigar a quienes cometan indiferenciados ilícitos con indiscriminadas penas, lo que claramente menoscaba las garantías contempladas en el art. 19.3 CP.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Centro de Manejo de Residuos Orgánicos Colhue S.A. respecto del inciso primero del artículo único de la Ley N° 20.473, en los autos sobre recurso de apelación, caratulados “Centro de Manejo de Residuos Orgánicos Colhue S.A. con Comisión de Evaluación Ambiental Región del Libertador General Bernardo O’Higgins”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Rancagua, bajo el Rol N° 3354-2015 Civil, Rol 2946-15, sentencia del 27-12-2016, en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=3373>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. CONTRATOS. CONSUMIDORES. CONTRATOS BANCARIOS. CONTRATO DE CRÉDITO DENOMINADO EN DIVISA EXTRANJERA. RIESGO DE TIPO DE CAMBIO QUE RECAE ENTERAMENTE SOBRE EL CONSUMIDOR. CLÁUSULAS ABUSIVAS. ALCANCE. DERECHO A LA INFORMACIÓN. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL CLIENTE BANCARIO (UNIÓN EUROPEA – RUMANIA).

1. Antecedentes del caso: entre 2007 y 2008, Ruxandra Paula Andriciuc y otras personas que percibían entonces sus ingresos en lei rumanos (RON) celebraron con el banco rumano Banca Românească contratos de crédito denominados en francos suizos (CHF) con el fin de adquirir bienes inmuebles, refinanciar otros créditos o satisfacer necesidades personales. Según los contratos de préstamo celebrados entre las partes, los prestatarios estaban obligados a reembolsar las cuotas mensuales de los créditos en CHF y aceptaron asumir el riesgo vinculado a las posibles fluctuaciones del tipo de cambio del RON con respecto al CHF. Posteriormente, el tipo de cambio en cuestión varió considerablemente en perjuicio de los prestatarios.

Estos acudieron entonces a los tribunales rumanos para que se declarara que la cláusula en virtud de la cual el crédito debía reembolsarse en CHF sin tener en cuenta la posible pérdida que los prestatarios pueden sufrir como consecuencia del riesgo del tipo de cambio constituye una cláusula abusiva no vinculante, de acuerdo con lo establecido por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Los prestatarios afirmaron, en particular, que en el momento de la celebración de los contratos, el banco había presentado su producto de manera engañosa, poniendo únicamente de relieve los beneficios que los prestatarios podrían obtener, sin mostrar sus riesgos potenciales ni la probabilidad de que estos se materializaran. Los prestatarios solicitaron que la cláusula controvertida fuera declarada abusiva a la luz de esta práctica del banco.

El tribunal de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que la cláusula impugnada no era abusiva pese a no haber sido negociada individualmente con los prestatarios.

Los accionantes interpusieron entonces un recurso ante el Tribunal Superior de Oradea, el cual consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cómo debe apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a la luz de la Directiva 93/13, en particular, en términos del desequilibrio importante entre las partes que se deriva del contrato, del contenido de dichas cláusulas para que puedan

o no considerarse redactadas “de manera clara y comprensible”, y del alcance del deber de información de los bancos para con sus clientes, a fin de determinar si ha de incluirse el riesgo de apreciación o de depreciación de una divisa extranjera.

2. Sentencia: cuando una institución financiera concede un préstamo denominado en divisa extranjera, debe facilitar al prestatario la información suficiente para que este pueda tomar decisiones fundadas y prudentes. Por lo tanto, el profesional debe comunicar al consumidor afectado toda la información pertinente que le permita valorar las consecuencias económicas de una cláusula sobre sus obligaciones financieras.

La cláusula de que se trata forma parte del objeto principal del contrato de préstamo, por lo que su carácter abusivo únicamente puede examinarse con arreglo a la mencionada Directiva en el supuesto de que no haya sido redactada de manera clara y comprensible.

En efecto, la obligación de reembolsar un crédito en una determinada moneda constituye un elemento esencial del contrato de préstamo, puesto que no se refiere a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor. La exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible obliga también a que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate. En su caso, el contrato también debe indicar la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

El tribunal rumano debe examinar esta cuestión a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. Más concretamente, incumbe al juez nacional verificar si se han comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar el costo total de su préstamo. En este contexto, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. Así, esta información debe referirse no solo a la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa del préstamo, sino también a los efectos en las cuotas de las variaciones del tipo de cambio y de una apreciación del tipo de interés de la divisa del préstamo. De este modo, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos; por otra parte, la entidad bancaria deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa.

En el supuesto de que la entidad bancaria no haya cumplido estas obligaciones y pueda examinarse, en consecuencia, el carácter abusivo de la

cláusula controvertida, incumbe al juez nacional evaluar, por una parte, el posible incumplimiento por parte del banco de la exigencia de buena fe y, por otra parte, la existencia de un posible desequilibrio importante entre las partes del contrato. Esta evaluación deberá realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del banco en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera. Una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

Nota de Referencia Extranjera: 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-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc y otros c. Banca Românească SA*, sentencia del 20-9-2017, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194645&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=657705>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. **MUJER.** PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES E IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LO QUE SE REFIERE AL ACCESO AL EMPLEO, A LA FORMACIÓN Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONALES. **FUERZAS DE SEGURIDAD.** CONCURSO PARA EL INGRESO EN UNA ESCUELA DE POLICÍA. NORMATIVA NACIONAL QUE IMPONE A TODOS LOS CANDIDATOS UN REQUISITO DE ESTATURA FÍSICA MÍNIMA (UNIÓN EUROPEA – GRECIA).

1. Antecedentes del caso: mediante decisión del jefe de la Policía helénica, se publicó una convocatoria de concurso para el ingreso, en el año académico 2007-2008, en las Escuelas de oficiales y agentes de la Policía griega. Dicha convocatoria se basaba en una disposición de la ley griega en virtud de la cual todos los candidatos, independientemente de su sexo, debían tener una estatura mínima de 1.70 metros.

Maria-Eleni Kalliri presentó una solicitud de participación en ese concurso, la cual fue denegada porque la aspirante no alcanzaba la estatura mínima prevista. La aspirante interpuso entonces un recurso contra esa resolución ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Apelación de Atenas, al considerar que había sufrido discriminación por razón de su sexo. El mencionado tribunal anuló el acto administrativo impugnado, declarando que la normativa atacada sobre la que se fundaba aquel era contraria al principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres.

El Ministro griego del Interior y el de Educación Nacional y Asuntos Religiosos recurrieron esa resolución ante el Consejo de Estado. Dicho órgano planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión de si el derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que establezca una estatura mínima idéntica para todos los candidatos, sean de sexo masculino o femenino, al concurso para el ingreso en Escuelas de oficiales y agentes de Policía.

2. Sentencia: una normativa que establece una estatura física mínima independientemente del sexo del candidato como criterio para el ingreso en una Escuela de Policía puede constituir un acto de discriminación ilegal contra la mujer. Una medida de ese tipo puede no ser necesaria para garantizar el buen funcionamiento de los servicios de Policía.

La fijación de una estatura física mínima idéntica para todos los candidatos, sean de sexo masculino o femenino, constituye una discriminación indirecta, dado que perjudica a un número muy superior de personas de sexo femenino que de personas de sexo masculino. Sin embargo, esa normativa no constituye una discriminación indirecta prohibida cuando concurren dos presupuestos, cuya existencia corresponde determinar al juez nacional: 1) que la normativa esté objetivamente justificada por un objetivo legítimo, como el de garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de Policía (v. sentencias *Vital Pérez*, asunto C-416/13, del 13 de noviembre de 2014, y *Salaberria Sorondo*, asunto C-258/15, del 15 de noviembre de 2016), y 2) que los medios para alcanzar ese objetivo sean adecuados y necesarios. A este respecto, si bien es cierto que el ejercicio de determinadas funciones de policía puede requerir el empleo de la fuerza física e implicar una aptitud física particular, no lo es menos que otras funciones, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan aparentemente de un esfuerzo físico elevado. Por otra parte, aun suponiendo que todas las funciones ejercidas por la Policía helénica exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima. En cualquier caso, el objetivo de garantizar el cumplimiento efectivo de la misión de la Policía podría alcanzarse mediante medidas que no perjudicaran tanto a la mujer, como una preselección de los candidatos que permita verificar sus capacidades físicas.

Nota de Referencia Extranjera: 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-409/16, *Ypourgos Esoterikon e Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton c. Maria-Eleni Kalliri*, sentencia del 18-10-2017, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195664&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=218113>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO TRIBUTARIO. ELUSIÓN FISCAL. *LuxLeaks*. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** INFORMACIÓN CONFIDENCIAL SOBRE EMPRESAS Y ORGANISMOS PÚBLICOS. DENUNCIANTES DE IRREGULARIDADES QUE ACTÚAN EN ARAS DEL INTERÉS PÚBLICO. ESTATUTO DE PROTECCIÓN (LUXEMBURGO).

1. Antecedentes del caso: en el año 2014, el filtrado a los medios de comunicación de una serie de documentos sobre acuerdos fiscales entre empresas multinacionales y autoridades del Ducado de Luxemburgo en perjuicio de otros miembros de la Unión Europea desató un escándalo internacional denominado *LuxLeaks*. La reconocida empresa PriceWaterhouseCoopers (PWC) de auditoría, consultoría y asesoramiento legal y fiscal fue una de las firmas que ayudó a facilitar las operaciones secretas que permitieron a más de 300 grandes corporaciones internacionales eludir el pago de impuestos.

Un tribunal de distrito de Luxemburgo condenó a Antoine Deltour a seis meses de prisión en suspenso y al pago de una multa de € 1.500 por apropiación de documentos de clientes de la sociedad PWC, acceso fraudulento al sistema de tratamiento automático de datos de la empresa para copiar dichos documentos, divulgación de secretos comerciales, violación del secreto profesional, y blanqueo por posesión y utilización de los mismos documentos con conocimiento de su origen fraudulento.

El tribunal de apelaciones lo absolvió de los cargos por divulgación de secretos comerciales y violación del secreto profesional, pero confirmó la sentencia del *a quo* en cuanto a los demás cargos.

Deltour interpuso entonces un recurso ante la Corte de Casación denunciando la violación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que garantiza la libertad de expresión, y de varios artículos del Código Penal.

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

El tribunal de apelaciones no ponderó en forma apropiada la función que el recurrente cumplió como denunciante de irregularidades ni su contribución al interés público. Tanto su entrega de documentos sobre las operaciones secretas a un periodista como su apropiación cumplen los presupuestos jurisprudenciales de la Corte Europea de Derechos Humanos para que pueda beneficiarse del régimen de protección acordado al denunciante de irregularidades. No puede excluirse de esa condición por el simple hecho de que, al momento de tomar posesión de esos documentos, careciera de la intención de difundirlos, siendo este un presupuesto de aplicación del art. 10 CEDH que fue agregado por el tribunal de apelaciones sin que sea exigido por la jurisprudencia de la Corte Europea.

Asimismo, el instituto del denunciante de irregularidades apunta a delimitar la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de la libertad de expresión, en particular de su derecho a comunicar información, garantizado por el art. 10 CEDH.

Por lo tanto, todos los actos realizados en este contexto deben ser considerados en el marco de esa condición de denunciante de irregularidades.

En cuanto a los otros documentos, de carácter interno, obtenidos por el accionante, y que no fueron divulgados, se rechaza el recurso.

En consecuencia, el tribunal de apelaciones, con una composición diferente a la interviniente en la causa, deberá examinar el caso en un nuevo proceso y sancionar al apelante solo por la apropiación de documentos internos. No se volverá a tratar la apropiación de documentos referidos a los acuerdos fiscales.

CORTE DE CASACIÓN DE LUXEMBURGO, caso n° 3912, sentencia del 11-1-2018, en <<http://www.justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-3912-cassation--deltour/index.html>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. EXTRANJEROS. INMIGRANTES. RESIDENCIA. DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR. REQUISITOS. RECURSOS ECONÓMICOS SUFICIENTES. VALORACION PROSPECTIVA DE LA PROBABILIDAD DE MANTENIMIENTO DE RECURSOS SUFICIENTES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (UNIÓN EUROPEA – ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el objetivo de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar es favorecer la reagrupación con los miembros de la familia que no son ciudadanos de la Unión Europea. Según esta Directiva, los Estados miembros deberían autorizar la entrada y la residencia, entre otros familiares, del cónyuge del reagrupante siempre que se cumplan determinados requisitos: el reagrupante deberá probar que dispone de una vivienda, de un seguro de enfermedad y de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán denegar una solicitud de reagrupación familiar o, en su caso, retirar el permiso de residencia de un miembro de la familia o denegar su renovación cuando no se cumplan o hayan dejado de cumplirse los requisitos establecidos en la Directiva.

La legislación española, en el Real Decreto 557/2011, del 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, precisa que la autorización de residencia para la reagrupación de los miembros de la familia que no sean ciudadanos de la Unión Europea no será concedida si se determina indubitadamente que no hay perspectivas de que se mantengan los recursos económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud. Dichas perspectivas se valoran teniendo en cuenta la evolución de los recursos económicos del reagrupante en los seis meses previos a la fecha de presentación de la solicitud.

En marzo de 2012, a un nacional de un tercer país con residencia en España y titular de una autorización de residencia de larga duración en dicho Estado miembro se le denegó su solicitud de reagrupación familiar con su esposa por no haber acreditado disponer de recursos económicos suficientes para atender a las necesidades de su familia una vez reagrupada. Los recursos presentados contra esta decisión de denegación fueron desestimados debido a que nada indicaba que dispondría de recursos suficientes durante el año siguiente a la presentación de la solicitud de reagrupación familiar.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ante el que el reagrupante interpuso recurso de apelación, alberga dudas sobre la compatibilidad de la normativa española con la Directiva y se pregunta si, a efectos de obtener la reagrupación familiar, el reagrupante debe disponer de recursos fijos y regulares suficientes en la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación o si puede tomarse en consideración el hecho de que siga disponiendo de esos recursos durante el año siguiente a dicha fecha.

Mediante cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el art. 7, apartado 1, letra c) de la Directiva 2003/86 debe interpretarse en el sentido de que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha.

2. Sentencia: el art. 7, apartado 1, letra c) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar debe interpretarse en el sentido de que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha. La normativa española es compatible con la Directiva.

En primer lugar, la Directiva permite a los Estados miembros exigir la prueba de que el reagrupante dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate.

Aunque la Directiva no prevé expresamente que los Estados miembros tengan la facultad de valorar si el reagrupante seguirá manteniendo recursos fijos y regulares suficientes más allá de la fecha de presentación de la solicitud, este Tribunal de Justicia estima que no puede interpretarse que la citada norma se oponga a esta facultad. En efecto, la Directiva prevé expresamente que los Estados miembros evaluarán si los recursos del reagrupante tienen carácter regular, lo que exige un examen periódico de su evolución. Si bien el reagrupante debe acreditar que dispone de recursos suficientes en el momento en que se examine la solicitud de reagrupación familiar, esos recursos también deben ser fijos y regulares, lo que impone un examen prospectivo de dichos recursos por parte de la autoridad nacional competente.

Esta interpretación se ve corroborada por el hecho de que el ámbito de aplicación personal de la Directiva se limita a los reagrupantes que hayan obtenido un

permiso de residencia de un año por lo menos y que tengan perspectivas fundadas de obtener un permiso de residencia permanente. La evaluación de la existencia de esas perspectivas exige necesariamente un examen de la evolución futura de la situación del reagrupante en relación con la obtención de dicho permiso de residencia. Por otro lado, la posibilidad de retirar o de no renovar el permiso de residencia de un miembro de la familia si dejan de cumplirse los requisitos establecidos por la Directiva implica que los Estados miembros pueden exigir que el reagrupante disponga de recursos fijos y regulares suficientes más allá de la fecha de presentación de su solicitud. Finalmente, esta interpretación se ve confirmada por uno de los objetivos de la Directiva: cerciorarse de que tanto el reagrupante como los miembros de su familia no vayan a convertirse durante su permanencia en el país en una carga para el sistema de asistencia social de dicho Estado miembro.

El período de un año, durante el cual el reagrupante debe disponer de recursos suficientes, tiene carácter razonable y proporcionado, dado que ese período corresponde al de la validez del permiso de residencia que debe poseer, por lo menos, el reagrupante para poder solicitar la reagrupación familiar.

Por lo que se refiere a la norma según la cual la valoración prospectiva de los recursos del reagrupante debe realizarse sobre la base de los recursos obtenidos por este durante los seis meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, la Directiva no contiene ninguna precisión sobre esta cuestión, pero, en todo caso, ese período no menoscaba el objetivo de la Directiva.

Nota de Referencia Extranjera: 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-558/14, *Mimoun Khachab c. Subdelegación del Gobierno en Álava*, sentencia del 21-4-2016, en <www.curia.europa.eu>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. MARCAS Y PATENTES. LICENCIAS DE USO (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: en 1992 la sociedad alemana Behringwerke AG (cuyos derechos fueron transmitidos posteriormente a la sociedad alemana Hoechst GmbH, de la cual Sanofi-Aventis Deutschland GmbH es una filial) concedió a Genentech (empresa activa en el sector farmacéutico) una licencia no exclusiva mundial para la utilización de un activador derivado del citomegalovirus humano (en lo sucesivo, “activador CMVH”). Esta tecnología era objeto de una patente europea, concedida en 1992 y revocada en 1999, y de dos patentes concedidas en los Estados Unidos en 1998 y en 2001, respectivamente.

Genentech utilizó el activador CMVH para facilitar la transcripción de una secuencia de ácido desoxirribonucleico (ADN) necesaria para la producción de un medicamento biológico cuya sustancia activa es el rituximab. Genentech comercializa ese medicamento para el tratamiento del cáncer y de la artritis reumática en los Estados Unidos con la denominación comercial Rituxan y, en la Unión Europea, con la de MabThera.

El acuerdo de licencia se regía por el derecho alemán. De ese acuerdo de licencia resulta que Genentech, como contraprestación por el derecho a explotar el activador CMVH, se obligó a pagar: a) un canon único de DEM 20.000 –aproximadamente € 10.225–; b) un canon anual fijo de DEM 20.000, y c) un canon corriente del 0,5% de las ventas netas de los productos acabados por el licenciatario y sus sociedades asociadas y sublicenciatarias.

El acuerdo de licencia define los “productos acabados” como “mercancías comercialmente negociables que incorporen un producto bajo licencia, vendidas bajo una forma que permita su administración a los pacientes para un uso terapéutico o su utilización en el marco de un procedimiento de diagnóstico y que no tengan por objeto una nueva formulación, un tratamiento, un re-embalaje o re-etiquetaje antes de su utilización ni se comercialicen con vistas a éstos”. El mismo acuerdo define el concepto de “productos bajo licencia” como “los materiales (incluidos los organismos) cuya fabricación, utilización o venta, en defecto del presente acuerdo, violarían una o varias reivindicaciones no caducadas incluidas en los derechos inherentes a las patentes bajo licencia”.

Genentech pagó el canon único y el canon anual, pero nunca pagó el canon corriente a Hoechst. En virtud de ello, el 24 de octubre de 2008, esta, alegando que Genentech había utilizado el activador CMVH sin pagar el canon corriente, promovió un procedimiento arbitral contra esta última sociedad con fundamento en la cláusula compromisoria estipulada en el acuerdo de licencia.

Durante el lapso de tiempo transcurrido entre 2008 y 2012, se iniciaron acciones ante la Cámara Federal del Distrito Este de Texas y ante la Cámara Federal del Distrito Norte de California, acciones que fueron desestimadas, como asimismo su recurso ante la Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito Federal.

Mediante un tercer laudo arbitral parcial, emitido el 5 de setiembre de 2012, el árbitro único declaró que Genentech tenía la obligación de pagar el canon corriente a Hoechst. Genentech interpuso entonces un recurso de anulación contra este laudo arbitral ante el Tribunal de Apelación de París, Francia.

En el marco del procedimiento de anulación de este laudo, el Tribunal de Apelación de París consulta sobre la compatibilidad del acuerdo de licencia con el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en virtud del cual “[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]”. En particular, consulta si en caso de anulación de patentes, debe considerarse válido un contrato de licencia que impone al licenciatario la obligación de pagar un canon por la mera utilización

de los derechos relativos a las patentes bajo licencia y si en estas circunstancias el pago del canon impone a Genentech gastos injustificados a la luz del derecho de la competencia de la Unión.

2. Sentencia: el beneficiario de una licencia de patente debe pagar el canon convenido aunque no infrinja la tecnología patentada.

Este Tribunal ya ha declarado, en el contexto de un acuerdo de licencia exclusiva, que la obligación de pagar un canon, incluso después de expirar la validez de la patente bajo licencia, puede derivar de una apreciación de orden comercial sobre el valor atribuido a las posibilidades de explotación otorgadas por el acuerdo de licencia, en particular cuando esa obligación está contenida en un acuerdo de licencia celebrado antes de la concesión de la patente. Resulta entonces que del art. 101 TFUE no puede deducirse una prohibición de imponer contractualmente el pago de un canon por la utilización exclusiva de una tecnología que ya no está cubierta por una patente, siempre que el licenciataria pueda resolver libremente ese contrato. El canon constituye el precio a pagar por explotar comercialmente la tecnología bajo licencia con la seguridad de que el concedente no ejercerá sus derechos de propiedad intelectual. Mientras el contrato de licencia permanezca en vigor y pueda ser libremente resuelto por el licenciataria, el pago del canon es exigible, incluso si los derechos de propiedad industrial nacidos de las patentes concedidas a título exclusivo no pudieran ejercerse contra el licenciataria a causa de la expiración de su vigencia. Esto permite excluir que el pago de un canon perjudique a la competencia al restringir la libertad de acción del licenciataria o al originar un efecto de cierre del mercado.

Nota de Referencia Extranjera: 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-567/14, *Genentech Inc. c. Hoechst GmbH y Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, sentencia del 7-7-2016, en <www.curia.europa.eu>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. REFUGIADOS. ASILO. MENORES.
DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR. MENOR NO ACOMPAÑADO. CONCEPTO. **DERECHO A LA IGUALDAD. SEGURIDAD JURÍDICA** (UNIÓN EUROPEA – PAÍSES BAJOS).

1. Antecedentes del caso: una menor de edad de nacionalidad eritrea, que llegó “no acompañada” a los Países Bajos, solicitó asilo el 26 de febrero de 2014, cuatro meses antes de cumplir la mayoría de edad. El Secretario de Estado de Seguridad y Justicia neerlandés le concedió, en octubre de ese año, un permiso de

residencia en virtud del derecho de asilo, válido durante cinco años, vigente desde la fecha de presentación de la solicitud de asilo.

Una organización neerlandesa que se ocupa de los refugiados presentó, en diciembre de 2014, una solicitud de autorización de residencia temporal para los padres de la persona interesada (A. y S.), así como para sus tres hermanos menores e invocó el derecho a la reagrupación familiar con un menor “no acompañado”.

Mediante una resolución del 27 de mayo de 2015, el Secretario de Estado denegó esta solicitud debido a que, en la fecha en la que se presentó, la hija de A. y S. era mayor de edad.

A. y S. impugnaron dicha denegación. En su opinión, la fecha decisiva para determinar si una persona puede ser calificada de “menor no acompañado”, en el sentido de la Directiva 2003/86 de la Unión Europea sobre reagrupación familiar, es la fecha de su entrada en el Estado miembro de que se trate. Por el contrario, el Secretario de Estado considera que la fecha determinante es aquella en la que se presentó la solicitud de reagrupación familiar.

El Tribunal de Primera Instancia de La Haya, que debe resolver este asunto, planteó entonces una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Sentencia: son “menores” los nacionales de países que no son miembros de la Unión Europea y los apátridas que, en el momento de su entrada en el territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo allí, tienen menos de 18 años y que, durante el procedimiento de asilo, alcanzan la mayoría de edad y a los que posteriormente se les reconoce el estatuto de refugiado.

A este respecto, la directiva prevé para los refugiados condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, dado que su situación requiere una atención especial por las razones que los forzaron a huir de su país y que les impiden llevar allí una vida familiar normal. Más concretamente, los refugiados menores “no acompañados” disponen de un derecho a tal reagrupación, que no está sujeto a la discrecionalidad de los Estados miembros.

Aun cuando la directiva no determina expresamente hasta qué momento debe ser menor un refugiado para poder acogerse al derecho a la reagrupación familiar especial, la determinación de dicho momento no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro.

Con respecto al momento en que debe apreciarse la edad de un refugiado para que pueda ser considerado menor y acogerse así al derecho a la reagrupación familiar especial, corresponde examinar el tenor, la lógica interna y la finalidad de la directiva, de acuerdo con el contexto normativo en que se inserta y de los principios generales del derecho de la Unión.

La eficacia del derecho a la reagrupación familiar no puede depender del momento en que la autoridad nacional competente adopte formalmente la resolución en la que se reconozca la condición de refugiado a la persona interesada y, por consiguiente, de la mayor o menor celeridad con la que tramite la solicitud de protección internacional. Esto iría en contra no solo del objetivo de la directiva, que es favorecer la reagrupación familiar y conceder una especial

protección a los refugiados (en particular a los menores “no acompañados”), sino también de los principios de igualdad de trato y de seguridad jurídica. En efecto, esa interpretación tendría como consecuencia que dos refugiados menores “no acompañados” de la misma edad que hayan presentado en el mismo momento una solicitud de protección internacional podrían ser tratados de distinta manera según cuánto durase la tramitación de sus pedidos. Por otra parte, dicha interpretación tendría como consecuencia que un menor “no acompañado” que hubiera presentado una solicitud de protección internacional no podría predeterminar si gozará del derecho a la reagrupación familiar con sus padres, lo que menoscabaría la seguridad jurídica.

Por el contrario, considerar la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional permite garantizar un trato idéntico y previsible a todos los solicitantes que se encuentren cronológicamente en la misma situación, al garantizar que el éxito de la solicitud de reagrupación familiar dependerá principalmente de circunstancias atribuibles al solicitante y no a la Administración (como la duración de tramitación de la solicitud de protección internacional o de la solicitud de reagrupación familiar).

No obstante, en una situación de este tipo, la solicitud de reagrupación familiar debe producirse dentro de un plazo razonable, a saber, en principio, tres meses a partir del día en el que se reconoció al menor interesado la condición de refugiado.

Nota de Referencia Extranjera: 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-550/16, *A. y S. c. Secretario de Estado de Seguridad y Justicia de los Países Bajos*, sentencia del 12-4-2018, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200965&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=711821>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. TRATADOS. PACTO FISCAL EUROPEO. DERECHO FINANCIERO. FINANZAS PÚBLICAS. LEYES DE PRESUPUESTO NACIONALES EN EL MARCO DEL PACTO FISCAL EUROPEO. POLÍTICAS DE AUSTERIDAD. CONSTITUCIONALIDAD (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: varios ciudadanos y ONGs solicitaron judicialmente la nulidad de diversas leyes de los Parlamentos Federal y flamenco por las que se aprobó el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria –acuerdo intergubernamental suscripto en 2012 por 25 Estados Miembros de la Unión Europea para reforzar la disciplina presupuestaria de los Gobiernos de la zona euro con posteridad a la crisis de deuda soberana de 2010– y se reguló la implementación de su art. 3, párr. 1. Alegaron que los estrictos objetivos

presupuestarios establecidos en aquella normativa impedirían a las autoridades seguir cumpliendo con sus obligaciones constitucionales en términos de derechos sociales fundamentales (art. 23 de la Constitución belga).

2. Sentencia: se rechaza el pedido de nulidad de la normativa legal cuestionada.

La circunstancia de que puedan imponerse medidas de austeridad con base en el tratado no resulta suficiente para demostrar una conexión adecuadamente individualizada entre la situación personal de los accionantes y las disposiciones objetadas. Los accionantes solo podrían verse directa y perjudicialmente afectados por medidas tendientes a lograr esos objetivos presupuestarios.

Tener un interés como ciudadano o como persona que tiene derecho al voto tampoco resulta suficiente, pues los actos atacados no tienen un impacto directo en el derecho al sufragio.

Ello no obstante, cabe analizar si los actos impugnados interfieren en algún otro aspecto inherente al Estado de derecho democrático que resulte tan esencial que deba ser protegido en interés de todos los ciudadanos.

El Parlamento efectivamente es el único órgano que tiene atribuciones no solo para aprobar anualmente el presupuesto, sino también para establecer objetivos a mediano plazo, por ejemplo, a través de la aprobación de tratados. Sin embargo, al aprobarlos, no puede violar garantías constitucionales.

Si bien el tratado atacado contiene disposiciones detalladas relativas a la satisfacción de objetivos y a la reducción del déficit, lo cierto es que deja completamente en libertad a los parlamentos nacionales para determinar y aprobar su presupuesto y, por lo tanto, no afecta las garantías previstas en el art. 174 constitucional, el cual dispone que la aprobación anual del presupuesto es una atribución parlamentaria.

Asimismo, el tratado no solamente establece un marco fiscal rígido, sino que también otorga ciertas competencias a algunas instituciones de la Unión Europea (como la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), conforme a la autorización prevista en el art. 34 de la Constitución. No obstante, esa misma norma constitucional no puede ser citada en defensa de ningún tipo de acción que afecte la identidad nacional inherente a las estructuras políticas y constitucionales fundamentales o a los valores elementales de protección que la Constitución concede a todas las personas.

Las disposiciones cuestionadas, sin embargo, no interfieren con ningún aspecto esencial que hace al Estado de derecho democrático que sea necesario proteger en virtud del interés de la ciudadanía. En consecuencia, no hay motivos suficientes que justifiquen el pedido de nulidad planteado por los accionantes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n° 62/2016 del 28-4-2016, en <<http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-062f.pdf>>.



DERECHO DE PROPIEDAD. INCAUTACIÓN DE BIENES INMUEBLES EN EL MARCO DE UNA INVESTIGACIÓN PENAL. **AMPARO.** PROCEDENCIA (REPÚBLICA DOMINICANA).

1. Antecedentes del caso: la Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos incautó un inmueble propiedad de Arturo Zorrilla Ramírez a los fines de determinar su procedencia en el marco de una investigación penal, aduciendo que este último y José Calderón Rijo (procesado paralelamente en sede penal por el delito de tráfico de estupefacientes) son socios en una empresa denominada Gradis S.A.

Ocurrido ello, Zorrilla Ramírez interpuso una acción de amparo contra la Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos, el Comité de Antilavado de Activos y la Procuraduría Fiscal de la provincia Santo Domingo por presunta violación al derecho de propiedad.

La Octava Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Nacional acogió la acción en cuestión y ordenó la restitución del derecho de propiedad del accionante.

La Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos recurrió entonces la aludida decisión ante el Tribunal Constitucional y solicitó la suspensión de ejecutoriedad de la sentencia recurrida.

2. Sentencia: por mayoría, se admite, en cuanto a la forma, el recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por la Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos.

Se acoge, en cuanto al fondo, el indicado recurso de revisión constitucional y, en consecuencia, se revoca la referida sentencia objeto de dicho recurso.

Se rechaza la demanda en suspensión de ejecutoriedad de sentencia interpuesta por la Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos contra la referida sentencia.

Se declara inadmisibile la acción de amparo que interpuso Zorrilla Ramírez contra la Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos, el Comité de Antilavado de Activos y la Procuraduría Fiscal de la Provincia de Santo Domingo.

Admisibilidad del presente recurso de revisión constitucional en materia de amparo

Este Tribunal Constitucional estima que el presente recurso de revisión constitucional en materia de amparo resulta admisible. Ello así, toda vez que ha sido interpuesto dentro del plazo previsto por la ley y en atención a que existe especial trascendencia o relevancia constitucional en la especie, en vista de su importancia para seguir fijando criterios en relación con el alcance de la acción de amparo como mecanismo para tutelar alegadas violaciones a derechos fundamentales, así como la existencia de otra vía efectiva como causal para su inadmisión.

Solicitud de suspensión de ejecutoriedad de sentencia de amparo

La Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos solicitó tanto la anulación de la sentencia recaída en estos autos como la suspensión de la ejecutoriedad del mandato judicial allí contenido.

Este Tribunal sostiene que en estos casos –recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo– la solicitud de suspensión de ejecutoriedad deberá concederse muy excepcionalmente, es decir, solo cuando se estime que los daños que procura evitar la parte que demanda la suspensión podrían resultar de mayor gravedad que los que eventualmente se generarían con la ejecución de determinada decisión.

La Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos se limitó a solicitar la suspensión de sentencia que nos ocupa sin aducir que la misma le causaría un perjuicio irreparable a dicha entidad; por ello, la demanda de suspensión interpuesta por la recurrente debe ser rechazada.

Sobre el fondo del presente recurso de revisión constitucional en materia de amparo

En relación con el fondo del recurso de revisión constitucional que nos ocupa, este Tribunal Constitucional advierte que Zorrilla Ramírez solicitó que se resolviera sobre la supuesta vulneración a su derecho de propiedad, asunto sobre el cual ha intervenido la Octava Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Nacional, la cual acogió la aludida acción de amparo al considerar que se había violado el derecho de propiedad de Zorrilla Ramírez y, en consecuencia, dispuso la devolución del referido inmueble, observando que no existía ningún proceso judicial abierto en su contra, habida cuenta de que no estaba encausado en sede penal (o cualquier otra) al momento de la incautación.

Entonces, la Procuraduría Especializada de Antilavado de Activos interpuso el recurso de revisión constitucional que nos ocupa, que concierne a la devolución de un bien incautado en virtud de la relación comercial que supuestamente existe entre Zorrilla Ramírez y Calderón Rijo, quien está siendo investigado paralelamente por el delito de tráfico de estupefacientes. Siendo así, este Tribunal estima que el presente caso atañe a un asunto cuya competencia incumbe a la jurisdicción penal ordinaria, tomando en consideración el régimen legal atinente al delito de lavado de activos.

En efecto, ni el juez de amparo ni el Tribunal Constitucional están en condiciones de determinar la procedencia o improcedencia de la pretensión del accionante, ya que una decisión en este sentido supone establecer si la investigación permitirá prescindir de la incautación del referido inmueble, lo cual concierne a un aspecto penal que le corresponde resolver a la jurisdicción especializada en la materia.

Por tanto, dado que la solución de la controversia que nos concierne requiere de un debate mayor y más profundo, así como del agotamiento de una fase probatoria que resulta ajena a la fisonomía sumaria del amparo, es necesario poner en conocimiento al juez de instrucción perteneciente a la jurisdicción ordinaria, por ser quien cuenta con los mecanismos y los medios más adecuados para determinar la procedencia o improcedencia de la entrega o devolución de un bien que ha sido incautado como cuerpo del delito. Es dicho juez, además, quien está en condiciones de dictar una decisión en un plazo razonable y que se corresponda con la naturaleza del caso.

Dictar sentencia en un sentido distinto al indicado excedería la competencia del juez de amparo, que está limitada a restablecer los derechos fundamentales conculcados o a impedir que su vulneración siga produciéndose, ya que la naturaleza

del recurso de amparo impide suscitar ante un órgano constitucional cuestiones de legalidad ordinaria, cuya interpretación no es función de este Tribunal.

En virtud de lo expuesto anteriormente, estimamos que procede, por tanto, acoger el presente recurso de revisión constitucional, revocar la sentencia recurrida, rechazar la demanda en suspensión y declarar inadmisibile la acción de amparo.

Nota de Referencia Extranjera: la magistrada Bonilla Hernández sostiene que la acción de amparo es una vía procesal que escoge a discreción el accionante cuando entiende que se le ha vulnerado un derecho fundamental, y su presentación se hace ante el juez más afín con la naturaleza del caso (conf. art. 72 de la Constitución); que las funciones de los jueces de instrucción se encuentran delimitadas a cuestiones relacionadas con el proceso penal en sus diferentes aspectos preliminares a la fase de juicio, pero siempre orientadas a la existencia de un proceso en curso contra una o varias personas imputadas; y que la idoneidad de la vía del amparo como vía procesal está determinada por circunstancias que permitan reconocer la urgencia de la protección de un derecho fundamental, o que dicha protección resultare tardía, o existiere la inminencia de un daño irremediable e irreparable a producirse de no otorgarse el amparo. En conclusión, a su criterio, el Tribunal Constitucional debería conocer del fondo de la cuestión y valorar en cada caso cuándo procede la devolución de bienes incautados, en especial, en los casos en que los propietarios de los bienes no son parte de un proceso penal abierto, pues el principio de favorabilidad debe operar a favor del titular del derecho.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, sentencia TC/0196/16 del 1-6-2016, en <<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/TC-0196-16.pdf>>.



DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO DE HUELGA. LÍMITES. DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD CIVIL. FACTORES DE IMPUTACIÓN (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el 29 de septiembre de 2010, tuvo lugar una huelga general durante la cual se produjeron actos de agresión y violencia por parte de un piquete –de unas 100 personas– dirigido por Francisco de la Rosa Castillo.

El titular del *pub* donde ocurrieron los hechos interpuso demanda de juicio verbal para reclamar una indemnización por responsabilidad extracontractual por daños personales por lesiones y daños materiales, y por lucro cesante derivado del cierre de su local, en la que sostuvo que tales daños se habían producido durante aquella huelga y como consecuencia de los actos de agresión y violencia del piquete dirigido por De la Rosa Castillo. La principal discrepancia entre las partes era si el demandado debía o no responder por un hecho ajeno.

El Juzgado de Primera Instancia 5 de Albacete, en sentencia del 18 de enero de 2013, estimó la demanda y condenó a De la Rosa Castillo a abonar al actor la cantidad de € 816,82 en concepto de indemnización por responsabilidad extracontractual por los daños personales y materiales ocasionados al titular del *pub* como consecuencia del mencionado piquete. Para así decidir, aplicó la doctrina jurisprudencial que, aun referida al ámbito penal, se ha desarrollado respecto a la responsabilidad civil de sindicatos en el caso de condena a afiliados de los mismos o incluso de terceros

ajenos como autores del delito tipificado en el art. 315 del Código Penal (CP) y que considera también aplicable a un ilícito civil. En cuanto a la indemnización por daños materiales derivados del cierre del local, en la sentencia se afirmó que la responsabilidad era consecuencia de un acto propio. Además, el Juzgado sostuvo que se había producido una colisión entre el derecho a la huelga y el derecho al trabajo, y que la conducta del demandado y del piquete informativo no puede considerarse una consecuencia del legítimo derecho de huelga, dado que el ejercicio de este derecho no comprende la posibilidad de ejercer violencia sobre los trabajadores, incluso la violencia moral, de alcance intimidatorio o coactivo. Consideró que la conducta del demandado había sobrepasado los límites constitucionalmente protegidos en orden a asegurar el libre desarrollo de las tareas propias de los piquetes de información, persuasión e incluso presión.

En cuanto a los daños materiales por lucro cesante derivados del cierre del local motivado por la actuación del piquete—cuya indemnización se fijó en € 561—, el tribunal entendió que la responsabilidad de De la Rosa Castillo le era imputable por hecho propio, habida cuenta de la discusión acalorada entre este y el propietario del establecimiento, y también por la circunstancia de que aquel había sido identificado como autor de los insultos citados por el denunciante y, según habían comprobado los citados agentes, sus expresiones habían incitado el cierre del *pub* a toda costa frente a la pretensión contraria de su titular—local en el que habían hallado restos de petardos y vasos rotos—, todo lo cual llevó a la juez a considerar que se trataba de una conducta que sobrepasaba los límites del legítimo derecho de huelga.

En lo que se refiere a los daños personales—respecto a los que la indemnización se fijó en € 255,82—, la sentencia consideró que las lesiones fueron fruto de la agresión llevada a cabo por integrantes indeterminados del piquete, imputándose la responsabilidad civil al ahora recurrente, habida cuenta de su condición de líder o dirigente de dicho piquete y en atención a su anuencia respecto al hecho ilícito.

De la Rosa Castillo interpuso incidente de nulidad de las actuaciones por considerar que se hallaba vulnerado su derecho fundamental de huelga (art. 28.2 CE) y el de tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a un juez imparcial (art. 24 CE). Mediante providencia del 5 de marzo de 2013, el tribunal no hizo lugar a su admisión e instruyó sobre la posibilidad de interponer recurso de reposición.

Interpuesto este, el mismo tribunal lo desestimó por auto del 19 de abril de 2013 al concluir que el demandado había sobrepasado el derecho de huelga, no apreciándose vulneración ni de este derecho ni del de tutela judicial.

Entonces, De la Rosa Castillo formuló recurso de amparo contra las resoluciones judiciales antes mencionadas—sentencia, providencia y auto— al considerar que vulneraban el derecho fundamental de huelga consagrado en el art. 28.2 CE.

2. Sentencia: por mayoría, se admite parcialmente el recurso de amparo interpuesto por De la Rosa Castillo y, en su virtud, se reconoce que ha sido vulnerado su derecho de huelga (art. 28.2 CE).

Se declara la nulidad de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 5 de Albacete del 18 de enero de 2013 exclusivamente en lo que se refiere a la condena relativa a los daños personales a indemnizar, así como de la providencia del mismo

tribunal del 5 de marzo de 2013, que inadmite a trámite el incidente de nulidad promovido contra la anterior sentencia, y del auto del 19 de abril de 2013, que desestima el recurso de reposición interpuesto frente a la anterior providencia.

2.1. Este Tribunal ha reiterado que “el derecho de huelga no incluye la posibilidad de ejercer coacciones sobre terceros porque ello afecta a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de trabajar o la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral que plasman los arts. 10.1 y 15 C.E.” (STC 137/1997); y en la misma línea, ha señalado que “[l]a difusión de la huelga ha de llevarse a cabo con medios lícitos y sin ejercer coacciones sobre los demás trabajadores, a los que debe ser respetada, en su caso, su opción por no ejercer el derecho”, de modo que “[q]uedan, por lo tanto, fuera del derecho a difundir la huelga la realización de coacciones o de actos vandálicos, los cuales en modo alguno pueden verse justificados por la difusión o el éxito de la huelga, o usados como un factor multiplicador de los efectos de la misma” (ATC 158/1994). En definitiva, como síntesis de nuestra doctrina constitucional en la materia, cabe concluir que el derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma –publicidad “pacífica”–, “pero no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines”, siendo obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga.

Por lo dicho, hemos de declarar que las conductas que han dado origen a la condena por responsabilidad civil ahora cuestionada –agresión física e insultos dirigidos al cierre de un local de trabajo– no pueden considerarse incluidas en el derecho fundamental de huelga, en tanto sobrepasan los límites constitucionalmente protegidos. Tales conductas desarrolladas en el contexto de una huelga pueden dar lugar al nacimiento de responsabilidad civil a efectos de resarcir los daños causados, máxime teniendo en cuenta que los dañados son también titulares de otros derechos constitucionales que pueden quedar afectados –*v.gr.* el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE)–. En todo caso, es evidente que para que nazca la obligación de reparación en favor de los dañados, es necesaria la concurrencia de determinados presupuestos, cuya apreciación en cada supuesto ha de ser respetuosa con los derechos fundamentales de aquellos a quienes se imputa la responsabilidad.

Este es precisamente el punto controvertido en el presente recurso: el debate constitucional suscitado gira en torno a la imputación subjetiva de la citada responsabilidad civil, aspecto sobre el que la actual normativa en materia de huelga no establece una regla específica, a diferencia de lo que sucede en relación con los daños causados durante el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho de reunión.

De cualquier modo, por más que los actos dañosos enjuiciados en este supuesto queden materialmente fuera del ejercicio legítimo del derecho de huelga y puedan dar lugar a responsabilidad civil, tal derecho fundamental podría quedar vulnerado si la indicada responsabilidad se atribuye a huelguistas respecto a los que, desde la perspectiva constitucional, no se ofrece título subjetivo suficiente de imputación. En este procedimiento, por tanto, debe determinarse si la imposición al demandante de

amparo de la indicada responsabilidad civil por daños resulta o no respetuosa con el referido derecho fundamental reconocido en el art. 28.2 CE.

Siendo esta la cuestión a dilucidar, resulta oportuno efectuar con carácter previo algunas precisiones. Por un lado, ha de partirse de que la fijación de los criterios de imputación de la responsabilidad civil y la determinación de esta constituyen competencias propias de los tribunales ordinarios (art. 117.3 CE); no obstante, ello es así con la única excepción de aquellos casos en los que se vulneren derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de recurso de amparo constitucional. Así, corresponde revisar la decisión a los efectos de valorar si la misma tiene o puede tener un efecto lesivo del contenido del derecho fundamental de huelga. Por otro lado, siendo el analizado un supuesto de condena por responsabilidad civil, el asunto se sitúa en un terreno distinto al de otros pronunciamientos de este Tribunal en que también hemos examinado la actuación de piquetes violentos o coactivos, pero a efectos de enjuiciar la responsabilidad penal o laboral impuesta. En STC 254/1988, se concluyó que la imposición de una pena por participar en piquetes violentos o coactivos “debía tener lugar tras una individualización adecuada de los actos ilícitos y no mediante la imputación colectiva a un grupo de determinados actos penalmente reprochables, para condenar a cualquiera de ellos”. Pues bien, sin perjuicio de las conclusiones a que finalmente se llegue en esta resolución, es obvio que ese principio de personalidad de la pena derivado del art. 25.1 CE no constituye una exigencia constitucional en el ámbito de imputación de la responsabilidad civil.

Estas particularidades del presente supuesto —no coincidente con otros analizados en pronunciamientos anteriores— determinan la especial trascendencia constitucional del actual recurso de amparo, en tanto que permite a este Tribunal examinar desde una perspectiva distinta la eventual incidencia que la imposición de responsabilidad por la actuación en piquetes violentos o intimidatorios pudiera tener sobre el derecho de huelga.

2.2. Realizadas las anteriores precisiones, procede ya entrar en la valoración específica de si la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por las resoluciones judiciales recurridas y la consiguiente decisión adoptada resultan acordes con el derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE, atendiendo al análisis diferenciado que la sentencia recurrida efectúa.

a) Respecto de la indemnización por los daños personales, la sentencia aseveró que el titular del *pub* fue agredido por integrantes indeterminados del piquete; que la discrepancia principal entre las partes se centraba en la responsabilidad del demandado por hecho ajeno; señaló que De la Rosa Castillo fue identificado por la policía como la persona que, portando un altavoz, dirigía y movilizaba al grupo —de unas cien personas—, y finalmente le imputó al nombrado la responsabilidad civil por los daños personales causados.

Aun cuando la sentencia recurrida no citó pronunciamientos de aplicación de la doctrina jurisprudencial a la que alude, parecería referirse a la aplicada por los tribunales para determinar la responsabilidad civil “subsidiaria” dimanante de delito (art. 120.4 CP). Nos encontramos así ante un supuesto de imputación directa de

responsabilidad civil a quien actúa como líder o cabecilla de un piquete, sin que ni siquiera en la fundamentación jurídica de la sentencia se aluda a una eventual conexión entre la imputación de la responsabilidad al recurrente y su vinculación con uno de los sindicatos convocantes de la huelga.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en que la responsabilidad civil por daños personales se imputa a quien actuó como líder o cabecilla de un piquete, condenándosele al pago de una indemnización como consecuencia de un acto de violencia física realizado por terceros o que, cuando menos, no consta como propio o instigado por él, y sin que tampoco se precisen en la sentencia datos fácticos concretos y acreditados sobre el alcance de la actuación del recurrente en el momento exacto de la agresión. Pues bien, sin perjuicio de la valoración que a otros efectos merezca su conducta anterior o posterior, hemos de concluir que la imputación al recurrente de la responsabilidad civil por daños personales derivados de la agresión física resulta lesiva de su derecho de huelga, no siendo posible considerar que tal imputación sea respetuosa con este derecho fundamental cuando la propia sentencia califica la agresión como “hecho ajeno” e impone la obligación de resarcimiento por mera “anuencia”, en los términos a que se ha hecho referencia.

En ausencia de previsión legal que regule la cuestión, el respeto al citado derecho fundamental requiere que, en la atribución de responsabilidad civil por daños derivados de la actuación huelguística ilícita de un piquete violento, los órganos judiciales deben atender cuidadosamente a la conducta personal e individualizada de sus miembros en la producción del acto dañoso, de modo que, por sí sola, la condición de integrante e incluso líder del piquete no constituye título suficiente y constitucionalmente válido para que pueda imputarse tal responsabilidad. De no mediar esta garantía, podría representar un perjuicio o sanción por el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

En consecuencia, en el caso examinado la decisión judicial de atribuir en exclusiva al recurrente la responsabilidad civil por daños personales –en su condición de líder del piquete y sin que haya quedado acreditada su participación o incidencia en la comisión de la agresión causante de los daños indemnizados– ha de considerarse contraria al derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE.

b) Distinta valoración merece la sentencia recurrida en relación con la imputación de la responsabilidad civil por daños materiales, en cuya virtud se impone al recurrente el pago de una indemnización por lucro cesante derivado del cierre del local. En este caso, la sentencia afirmó que la obligación de De la Rosa Castillo de resarcir tales daños materiales es consecuencia de un acto propio, relativo al cierre del *pub*. Al respecto, se expuso en la resolución que los agentes de policía, al arribar, apreciaron que De la Rosa Castillo mantenía una discusión acalorada con el titular del *pub*, que incluía insultos y expresiones que incitaban en todo momento a que se cerrara el local (en el que por otro lado se hallaron restos de petardos y vasos rotos) a toda costa, cuando quien aparecía como titular del mismo pretendía mantenerlo abierto al público. El tribunal consideró que esta conducta no se ajusta al ejercicio legítimo del derecho de huelga y, en consecuencia, le impuso la obligación de reparar los daños derivados del cierre del local.

Efectivamente, el comportamiento descrito se sitúa extramuros del ámbito protegido por el derecho de huelga, que no tutela comportamientos intimidatorios encaminados a eliminar o anular la libertad de trabajo de quienes deciden no secundar o apoyar la huelga convocada. La conducta consistente en proferir insultos hacia quienes desean ejercer su libertad de trabajo o de empresa –en este caso, el titular del *pub* (“trabajador autónomo o empresario”, conforme a la sentencia recurrida)– ha de considerarse que excede de los márgenes constitucionalmente tutelados, pues no está comprendida en el derecho de huelga la posibilidad de limitar la capacidad de decisión de terceros mediante violencia o presión moral de alcance intimidatorio o coactivo, dado que también deben ser respetados otros bienes constitucionalmente protegidos como la libertad de trabajar, la libertad de empresa, o la dignidad de las personas y su derecho a la integridad moral (arts. 10.1 y 15 CE). Tal clima de intimidación, en el contexto expuesto de un piquete masivo violento liderado y dirigido por el aquí demandante, es el que la sentencia recurrida valora en el presente supuesto, en el que, por otra parte, los actos considerados en relación con el titular del *pub* están dirigidos a lograr no ya propiamente la adhesión de otros trabajadores a la huelga, sino el cierre empresarial. El comportamiento valorado, en definitiva, transgrede los límites del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE, y de forma ilegítima restringe otros bienes y derechos constitucionales como los ya mencionados.

Por tanto, ha de concluirse que la imputación al recurrente de la responsabilidad civil por los daños materiales consistentes en el lucro cesante derivado del cierre del local no vulnera su derecho de huelga, dado que la conducta dañosa considerada no solo está fuera de la esfera de tutela del citado derecho fundamental, sino que, además, se atribuye como “acto propio” del demandante de amparo.

En atención a las conclusiones alcanzadas, procede el otorgamiento del amparo al demandante por vulneración del derecho de huelga (art. 28.2 CE), con el consiguiente reconocimiento del derecho fundamental lesionado y la declaración de nulidad de la sentencia recurrida, pero exclusivamente en lo que concierne a la condena relativa a los daños personales a indemnizar. Consiguientemente, en los mismos términos procede asimismo anular las posteriores resoluciones judiciales –providencia y auto– también impugnadas en este recurso.

Nota de Referencia Extranjera: en disidencia, los magistrados Asúa Batarrita y Valdés Dal-Ré entendieron que el fallo debió de declarar la vulneración del art. 28.2 CE y que debería haberse otorgado el amparo interesado en toda su extensión. El magistrado Xiol Ríos adhirió a este voto. Por su parte, la magistrada Roca Trías opinó que debería haberse desestimado el recurso de amparo en relación con todos los daños producidos por el piquete informativo, sin limitarlos a los daños materiales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia 69/2016 del 14-4-2016, en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24925>>.



DERECHO DEL TRABAJO. DESPIDO. FACULTADES DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL EMPLEADOR. CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO. **DERECHO A LA INTIMIDAD. DIGNIDAD HUMANA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.** LA IMAGEN COMO DATO PERSONAL. CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO A LA UTILIZACIÓN DE DATOS PERSONALES EN UNA RELACIÓN LABORAL (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: Mónica Rebeca Liberato Rodríguez trabajaba en la empresa Bershka BSK España, S.A. Dicha firma, tras haber detectado múltiples irregularidades en la tienda y caja donde la nombrada prestaba funciones, encargó a Prosegur S.A. la instalación de una cámara de videovigilancia, justamente en ese sitio. Si bien no se comunicó a los trabajadores dicha instalación, se colocó el distintivo informativo en un lugar visible. El 21 de junio de 2012, la nombrada fue despedida por transgresión de la buena fe contractual invocando motivos disciplinarios, toda vez que se había venido apropiando de efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas y de forma habitual, bajo la modalidad de operaciones de falsas devoluciones de prendas.

Liberato Rodríguez entonces demandó a la empresa pidiendo la declaración de nulidad del despido, sobre la base de que este atentaba contra su honor, intimidad y dignidad, y, subsidiariamente, la declaración de improcedencia. Sostuvo que en el centro de trabajo no existía comunicación al público ni carteles comunicativos del mismo sobre la existencia de cámaras de videograbación, ni tampoco comunicación alguna a la Agencia de Protección de Datos, ni autorización por la Sección de Seguridad Privada de la Comisaría de Policía de León, ni tampoco comunicación o informe previo del comité de empresa de la instalación de la videograbación.

El Juzgado de lo Social Nº 2 de León, el 11 de marzo de 2013, desestimó la demanda y declaró procedente el despido en razón de que la empresa había acreditado plenamente los hechos motivadores de aquel. En lo que se refiere a la instalación de la cámara de videovigilancia, la sentencia afirmó que “en la instalación y grabación se cumplió escrupulosamente la normativa al respecto. En efecto, con arreglo a la STC 186/2000, concurría la situación precisa para el control oculto, esto es sin notificar expresamente la colocación de la cámara a los trabajadores, porque dicho control era, en principio, el único medio posible para satisfacer el interés empresarial de saber fehacientemente quién estaba realizando los actos defraudatorios de los que indiciariamente ya se tenían conocimiento”.

Liberato Rodríguez interpuso un recurso de suplicación, que fue desestimado el 24 de julio de 2013 por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. La demandante estimó que el despido era nulo, puesto que las pruebas que habían conducido a exteriorizar y captar los hechos imputados –y que habían justificado su despido– se habían obtenido haciendo caso omiso de sus derechos fundamentales a la intimidad y dignidad. La Sala determinó que la decisión empresarial de colocar una cámara de videovigilancia había satisfecho el juicio de proporcionalidad constitucionalmente exigido para poder afirmar su legalidad y legitimidad; que dicha medida se encuentra dentro

de las facultades legales de dirección y de control de la actividad laboral que tiene la empresa, pues esta está facultada para adoptar medidas de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales del trabajador, en tanto se guarde consideración a su dignidad humana. Tal medida había sido idónea en tanto había resultado útil para exteriorizar, conocer e identificar las irregularidades existentes en esa caja del centro comercial, ya detectadas por el nuevo sistema de control informático de cajas. Además, la instalación de la cámara de videovigilancia se revelaba necesaria para aquilatar las irregularidades o anomalías que pudieren estar relacionadas con el uso y gestión de la caja del centro comercial, puesto que se trataba de verificar a través de aquella instalación eventuales operaciones o maniobras de apropiación dineraria. Finalmente, la medida era necesariamente proporcional, en tanto su adopción tenía como exclusivo destino la caja de la tienda –un espacio destinado a la permanente interrelación personal y en el que se llevaban a cabo conductas escasamente exigentes de la preservación de la injerencia o del conocimiento de las mismas por terceras personas–; en tanto la videovigilancia afectaba exclusivamente el ámbito de la recaudación dineraria; en tanto la instalación de la cámara había estado acompañada de la colocación de un anuncio informativo sobre ella; y en tanto había sido necesario adoptar tal medida atento a la previa y fundada sospecha de que se estaban cometiendo irregularidades de apropiación dineraria. En consecuencia, la decisión sobre la que se debatía y que se tachaba en el escrito del recurso como ilegal por lesiva de derechos fundamentales no era tal, al superar la misma el juicio de adecuación, de razonabilidad o de proporcionalidad constitucionalmente exigido para elucidar los límites de la injerencia del poder empresarial de control de la actividad laboral, cuando ese poder afecta a derechos fundamentales del trabajador.

La recurrente solicitó la nulidad de las actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que fue desestimado por auto del 23 de octubre de 2013, porque la sentencia cuya nulidad se instaba era susceptible de recurso de casación para unificación de doctrina y porque la misma ya abordó, acertada o desacertadamente, la cuestión que se suscitaba en el incidente.

Entonces, Liberato Rodríguez promovió un recurso de amparo en el que alegó vulneración de los arts. 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 de la Constitución española (CE).

2. Sentencia: se desestima el recurso de amparo interpuesto por Mónica Rebeca Liberato Rodríguez.

Esta demanda de amparo se fundamenta en la infracción de los arts. 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 CE, al haberse admitido como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de video presentadas por la empresa, prueba que la recurrente estima nula de pleno derecho, toda vez que fue obtenida vulnerando derechos fundamentales del trabajador. La empresa entiende que la medida ha sido adoptada para proteger su patrimonio, no para monitorear el trabajo de la recurrente, y además está justificada, es idónea, necesaria y equilibrada, por lo que no se ha producido vulneración alguna del derecho a la intimidad personal ni de la protección de datos de la trabajadora.

Debe añadirse que el presente recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues las especificidades propias del caso permiten a este Tribunal perfilar su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa. Se pretende, así, aclarar el alcance de la información facilitada a los trabajadores relativa a la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si es suficiente la información general o, por el contrario, si debe existir una información específica.

Tanto en su demanda como en el recurso de suplicación, la recurrente manifestó que en el centro de trabajo no existía comunicación al público ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videograbación, ni tampoco comunicación a la Agencia de Protección de Datos, ni comunicación o informe previo del comité de la empresa sobre la instalación de la cámara de videovigilancia. Aunque en su demanda la recurrente planteó con carácter general la vulneración de su derecho a la intimidad, el problema de la protección de datos, directamente relacionado con el derecho a la intimidad, pudo haber sido abordado por el órgano judicial. La estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, unida a las afirmaciones genéricas de la recurrente en amparo, han permitido que, desde el principio, los órganos judiciales ordinarios hayan podido pronunciarse sobre ambos derechos. Por ello, se considera que la demandante ha satisfecho el requisito de invocación previsto en el art. 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), por más que haya sido en el incidente de nulidad de las actuaciones donde haya hecho una referencia expresa al art. 18.4 CE.

Por último, aunque en la demanda se alega vulneración de los arts. 14, 15, 18.1, 18.4 y 24.1 CE, nuestro enjuiciamiento se limitará a los arts. 18.1 y 18.4 CE, pues respecto de los arts. 14 y 15 CE no hay en la demanda desarrollo argumental alguno, lo que impide a este Tribunal entrar a examinar su contenido. Y, por lo que se refiere al art. 24.1 CE, la demanda justifica el pretendido desconocimiento del derecho a la intimidad personal en ambas sentencias, como parte integrante de la pretendida afectación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Se afirma, así, que aquellas resoluciones judiciales carecen de racionalidad y dicha reivindicada carencia se sustenta sobre la base de lo que la recurrente estima como un incorrecto entendimiento del derecho a la intimidad personal. En consecuencia, el análisis de esta vulneración habrá de hacerse exclusivamente desde la óptica del derecho fundamental sustantivo (art. 18.1 CE).

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la vulneración del art. 18.4 CE – derecho a la protección de datos –, debemos recordar que la imagen se considera un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, que considera dato de carácter personal “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, y el art. 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que considera como dato de carácter personal la información gráfica o fotográfica. Como afirma la STC 292/2000, “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos

proporcionar a un tercero, sea al Estado o a un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”. El consentimiento del afectado es el elemento que define el sistema de protección de datos de carácter personal, salvo que exista habilitación legal para que los datos puedan ser tratados sin dicho consentimiento; en este sentido, es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias.

En el ámbito laboral, el consentimiento del trabajador pasa a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Esta excepción a la exigencia de consentimiento aparece también recogida en el art. 10.3 b) del Real Decreto 1720/2007, según el cual los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando “se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”. La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello, un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con alguna finalidad ajena al cumplimiento del contrato.

Ahora bien, aunque no sea necesario el consentimiento en los casos señalados, el deber de información sigue existiendo, pues permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante.

La no exigencia de consentimiento en determinados supuestos tiene también repercusión en otro de los principios de la protección de datos, la denominada calidad de los datos. Los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan

obtenido; así, debe existir una relación directa entre la finalidad que justifica su registro y los datos personales que se recaban y que afectan a los derechos de las personas. Además, los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos; hacerlo representa una vulneración del principio de calidad, así como del principio de consentimiento e información. Por lo tanto, solo cuando la finalidad del tratamiento de datos no sea el mantenimiento, desarrollo y control de la relación contractual se necesita consentimiento del afectado.

Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, debemos concluir que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral. Si la dispensa del consentimiento se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato, que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

En definitiva, la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador.

Aunque no se requiera el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar una medida de vigilancia que implique el tratamiento de datos, persiste el deber de información. Sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que pudieran derivar, para que el incumplimiento de este deber por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE se exige valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad. Debe ponderarse así el derecho a la protección de datos y las eventuales limitaciones al mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control, en conexión con los arts. 33 y 38 CE. En efecto, la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por el otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, que es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Esta facultad general de control prevista en la ley legitima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales, sin perjuicio de que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si dicha fiscalización llevada a cabo por la empresa ha generado o no la vulneración del derecho fundamental en juego.

Pues bien, en el presente caso, la recurrente en amparo considera vulnerado el art. 18.4 CE porque no había sido informada previamente de la instalación de cámaras de videovigilancia en el puesto de trabajo. Como señala la sentencia recurrida, las cámaras de videovigilancia instaladas en la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo captaron su imagen apropiándose de dinero y realizando, para ocultar dicha apropiación, operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. Ante estos hechos, la trabajadora fue despedida.

Según los hechos probados, la cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja, y en la vidriera del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. En cumplimiento de esta obligación, la empresa colocó el correspondiente distintivo en la vidriera de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que esta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Así, se ha cumplido con la obligación de información previa, pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la citada norma. El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que hubiera que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le había asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque solo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados.

En este caso, el sistema de videovigilancia captó la apropiación de efectivo de la caja de la tienda por parte de la recurrente, que por este motivo fue despedida disciplinariamente. Por tanto, el dato recogido fue utilizado para el control de la relación laboral. No hay que olvidar que las cámaras fueron instaladas por la empresa ante las sospechas de que algún trabajador de la tienda se estaba apropiando de dinero de la caja.

En consecuencia, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE.

Por ello, el control que debe realizar este Tribunal sobre las resoluciones judiciales recurridas en amparo es determinar si el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente que la instalación y el empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado el derecho a la intimidad personal de la solicitante de amparo, de conformidad, nuevamente, con las exigencias del principio de proporcionalidad.

La constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de

proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Del razonamiento contenido en las sentencias recurridas se desprende que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de la caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si alguno de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo nº 7222/2013, sentencia del 3-3-2016, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_023/2013-07222STC.pdf>.



DERECHO DEL TRABAJO. DESPIDO. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. SINDICATOS. LIBERTAD SINDICAL. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** ROL ESENCIAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. INTERÉS PÚBLICO. **DERECHO AL HONOR.** ALCANCE (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: Sonsoles y Angelina eran trabajadoras de la Residencia de Ancianos de Miraflores de Bilbao (gestionada por SarQuavitae), estaban afiliadas al sindicato LAB y eran miembros del comité de empresa cuando surgió un conflicto laboral a partir del cual fueron despedidas en noviembre de 2012. Junto con el sindicato decidieron entonces colocar carteles, pasquines y pancartas en los que aparecía el nombre y la fotografía de D. Gregorio, directivo de SarQuavitae, director territorial de la zona norte y responsable de la gestión de la residencia en la que se había producido el conflicto. En ellos manifestaban que eran delegadas y haber sido despedidas por defender los derechos de los usuarios y trabajadores de la residencia; que Gregorio era el responsable de los despidos y de las condiciones de precariedad; que su llegada había desencadenado una ola de despidos, recortes en la comida, higiene y servicios de los usuarios como única solución para conseguir

beneficios; y que exigían la dimisión del nombrado, al considerar que la salud y el cuidado de esas personas no podía seguir en sus manos; que la diputación debía tomar la gestión de la residencia y velar por la salud y el cuidado de las personas que ahí residen, y que los servicios públicos no se privatizaran. Otras pancartas, en euskera y castellano, mencionaban la existencia de acoso sindical en SarQuavitae, incluían la foto de Gregorio con la palabra “culpable” y contenían un pedido de readmisión de las despedidas.

Tales pasquines, carteles y pancartas fueron colocados en la residencia donde trabajaban y sus alrededores, pero también en la localidad donde reside Gregorio –Arrigorriaga– en fachadas, farolas, parabrisas de vehículos y también en la fachada de la farmacia que administraba la madre de Gregorio. En el encabezamiento de los carteles colocados en Arrigorriaga, se leía la frase “a las vecinas y vecinos de Arrigorriaga”. Tanto Sonsoles y Angelina como el sindicato han admitido su participación en su elaboración y colocación.

Los despidos de Sonsoles y de Angelina fueron declarados nulos por la jurisdicción social.

Gregorio promovió una demanda de protección jurisdiccional de su derecho al honor contra Sonsoles, Angelina y el sindicato, y pidió que se les ordenara cesar en tal accionar, que entendía constitutivo de una intromisión ilegítima en su derecho al honor, con más la publicidad de la sentencia y una suma de dinero en concepto de daño moral.

Los demandados justificaron su conducta en el ejercicio del derecho a la crítica amparado por la libertad de expresión y la libertad sindical.

El tribunal de primera instancia desestimó la demanda, pues consideró que la intromisión se enmarcaba en un conflicto laboral; que los carteles y pasquines se referían al demandante en su calidad de director del centro, y que no se habían superado los límites de la libertad de expresión y de información.

Gregorio apeló dicha sentencia.

La Audiencia Provincial acogió el recurso e hizo lugar plenamente a la demanda. Consideró que algunas de las expresiones utilizadas por las demandadas eran propias de la lucha sindical y no suponían una intromisión ilegítima en el honor del demandante, pero afirmó que existía un “plus” que sí constituía una intromisión ilegítima, a saber, haber utilizado expresiones que atribuían al demandante una conducta altamente reprochable, incluso en el campo penal, al atribuirle responsabilidad en los recortes en comida, higiene y servicios a los ancianos internados en la residencia, movido por la finalidad de obtener beneficios, dando a entender que los ancianos estaban en riesgo, sin el mínimo atisbo de veracidad; y haber difundido los pasquines y carteles en la localidad donde residía el demandante, y empapelado con tales carteles la farmacia de su madre. Por tal razón, hizo lugar a la demanda, declaró que había existido una intromisión, y condenó al sindicato y a las trabajadoras demandadas a la publicación de la sentencia y al pago de una indemnización.

El sindicato y las trabajadoras demandadas interpusieron entonces un recurso de casación contra esta sentencia, fundado en que: 1) infringe el art. 20 de la Constitución Española (CE) porque los panfletos reflejaban una reivindicación

laboral y criticaban el despido de las demandadas, que además eran representantes sindicales; 2) vulnera los arts. 7 y 28.1 CE, y el art. 2 de la Ley 11/1985 Orgánica de Libertad Sindical porque limita el ejercicio de la actividad sindical al ámbito geográfico de la empresa y considera que llevar la reivindicación al pueblo de Arrigorriaga constituye una intromisión al honor, cuando el libre ejercicio de la actividad sindical puede realizarse dentro o fuera de la empresa; y 3) infringe la jurisprudencia existente sobre la colisión entre derechos porque no habían existido expresiones insultantes, insidias infames o vejaciones, sino una crítica a la empresa, en la figura de su representante en la zona norte, por los despidos y ciertas prácticas llevadas a cabo, utilizando expresiones propias de la lucha sindical, que debían ponerse en contexto.

2. Sentencia: se desestima el recurso de casación interpuesto.

2.1. Identificación de los derechos fundamentales en conflicto

2.1.1. El contenido de los pasquines, carteles y pancartas supone un demérito para el demandante, al que acusan de llevar a cabo una política de despidos en la empresa y de poner en riesgo la salud y la atención adecuada de los ancianos internados en la residencia de la que es responsable para conseguir un lucro económico.

En el concepto constitucional del honor protegido por el art. 18.1 CE, tiene cabida el prestigio profesional, pero se exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una lesión del derecho fundamental. No toda crítica sobre la actividad laboral o la pericia profesional de una persona constituye una afrenta a su honor personal. La protección del art. 18.1 CE solo alcanza a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas acusaciones que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad, lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido.

Las críticas realizadas al demandante, al poner en duda su probidad —pues se le acusa de intentar obtener beneficios a costa de la salud y el cuidado de las personas ancianas ingresadas en la residencia de la que es responsable—, afectan el ámbito del prestigio profesional protegido por el derecho constitucional al honor.

2.1.2. Los pasquines, carteles y pancartas representan la comunicación pública de opiniones y críticas, más que la comunicación de hechos. Expresan críticas y juicios de valor sobre la conducta profesional del demandante, que se considera perjudicial para los usuarios.

No siempre es fácil separar o deslindar pensamientos, ideas y opiniones, por un lado, y comunicación informativa, por el otro, puesto que la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, en cuyo caso habrá de atenderse al elemento predominante, que en este

caso es la opinión y la crítica, esto es, el aspecto valorativo. Por tanto, la libertad que entra en juego es fundamentalmente la libertad de expresión.

2.1.3. El derecho a la actividad sindical constituye uno de los contenidos de la libertad sindical e incluye la comunicación de opiniones y críticas por parte de los sindicatos y sus afiliados relativas al ámbito de su actuación: la defensa de los trabajadores.

La Corte Europea de Derechos Humanos (casos *Palomo Sánchez y otros c. España* y *Szima c. Hungría*) ha considerado que los miembros de un sindicato deben ser capaces de transmitir a su empleador sus peticiones con las que pretendan mejorar la situación de los trabajadores de su empresa, pues un sindicato que no tiene la posibilidad de expresar sus ideas libremente en este sentido estaría de hecho privado de un medio esencial de acción, de modo que la libertad de expresión es condición *sine qua non* para que los sindicatos puedan desarrollarse.

Los sindicatos y sus afiliados, cuando desempeñan su actividad en un sector que presta un servicio público como es el de la atención a personas ancianas y enfermas, pueden criticar la gestión de los centros en los que desarrollan su trabajo si consideran que ella perjudica las condiciones laborales de los trabajadores y/o la calidad del servicio que se presta a los ciudadanos (defensa de los derechos de los trabajadores y defensa del modelo de servicio público que consideran más adecuado a los intereses generales).

2.2. Conflicto entre estos derechos fundamentales

Al producirse un conflicto entre estos derechos, debe tomarse en consideración cuáles son las circunstancias concurrentes para decidir si el ejercicio de las libertades de expresión y sindical por parte de las trabajadoras y el sindicato demandados en este caso legitima y justifica la afectación negativa del derecho al honor del demandante.

En el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, debe valorarse si la cuestión sobre la que se han vertido las opiniones y críticas tiene relevancia pública, y también si se han empleado expresiones insultantes o denigrantes desconectadas del ámbito al que afectan; en definitiva, que la forma en que se hayan comunicado las expresiones esté funcionalmente conectada con los bienes jurídicos protegidos en la libertad de expresión.

En cuanto a la libertad sindical, lo determinante es que la comunicación pública de expresiones que supongan un descrédito para el empleador se esté realizando en el ámbito relacionado con el conflicto laboral y en circunstancias que supongan que tales manifestaciones públicas estén dirigidas a la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos en la libertad sindical.

La prevalencia de las libertades de expresión e información, y, en este caso, la libertad sindical sobre los derechos de la personalidad —en este caso, el derecho al honor— no es absoluta, sino funcional. Las libertades de expresión e información del art. 20 CE (y en este caso, la libertad sindical, reconocida en el art. 28.1 CE) prevalecen sobre los derechos de la personalidad del art. 18 CE, en tanto que dichas libertades se ejerciten conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con

los parámetros constitucionales. Solo se justifica el sacrificio del derecho al honor cuando aquellas libertades se ejercitan conforme a su naturaleza y su función constitucionales, esto es, cuando contribuyen al debate público en una sociedad democrática, y cuando se defienden los derechos de los trabajadores y los demás fines legítimos de los sindicatos, como puede ser la defensa de un determinado modelo de servicio público.

Pero quien desempeña un cargo público no queda completamente despojado de sus derechos de la personalidad. Así, la prevalencia de estas libertades por sobre el derecho al honor carece de justificación cuando las comunicaciones públicas tendientes al descrédito del afectado se dan en un contexto ajeno al ámbito de interés o cuando son innecesarias para transmitir el mensaje vinculado a esas cuestiones de interés público o sindical, toda vez que no cumple la función constitucionalmente otorgada a las libertades mencionadas.

La Audiencia Provincial consideró ilícitos dos aspectos de la conducta de las trabajadoras y del sindicato demandados: 1) imputar a Gregorio una conducta reprochable (efectuar recortes de comida, higiene y servicios a los ancianos internados en la residencia, con el objeto de obtener beneficios) sin que sobre ello haya el más mínimo atisbo de veracidad; y 2) que los mensajes se hubieran divulgado no solo en el ámbito del centro de trabajo y en el entorno afectado, sino también en la localidad de residencia del demandante y del negocio de la madre de este.

Respecto de la primera conducta, esta Sala entiende que no es constitutiva de una intromisión ilegítima en el honor del demandante; ciertamente, constituye un descrédito que se lo considere culpable de persecución antisindical y de escatimar bienes y cuidados a los ancianos residentes para aumentar los beneficios de la empresa, pero tal afectación a su honor —en su aspecto de prestigio profesional— se encuentra amparada por la libertad de expresión y la libertad sindical cuando se ha realizado en el entorno en el que tal cuestión tenía relevancia pública (la residencia y la localidad en la que presta su servicio). Son, fundamentalmente, juicios de valor y opiniones críticas, proferidos por agentes sociales involucrados en ese ámbito de prestación del servicio público, de interés para esa colectividad, y en los que no se han usado expresiones insultantes desconectadas del mensaje que se trata de transmitir, por más que las expresiones utilizadas y la inserción de su fotografía puedan resultar hirientes y molestas para el demandante. Por otra parte, no habrá de aceptarse el argumento de la falta de veracidad para justificar la condena. Los despidos se produjeron efectivamente y fueron posteriormente anulados por la jurisdicción social. Y hubo una inspección en la que se impuso la implementación de ciertas medidas correctoras en la residencia. En consecuencia, no puede considerarse que las manifestaciones de las demandadas cuestionadas en la demanda se realizaran con desprecio absoluto de la realidad de los hechos sobre los que versaban. Además, esta información presenta una especial relevancia pública por la materia sobre la que versaba, al tratarse de un ámbito en el que las personas que pueden resultar afectadas por las antedichas deficiencias no pueden, por lo general, reivindicar una mejora de su atención y denunciarlas. Además, la sanción impuesta a las trabajadoras no solo tuvo repercusiones negativas sobre su carrera, sino que era también susceptible de tener un serio efecto desalentador tanto sobre otros empleados de esa compañía como

sobre los empleados del sector de enfermería en general, disuadiéndolos de denunciar en un ámbito en el que los pacientes son con frecuencia incapaces de defender sus propios derechos y donde los miembros del equipo de enfermería serían los primeros en advertir las deficiencias en la atención. La colocación de estos pasquines, carteles y pancartas en el centro de trabajo y en el entorno geográfico de la residencia, incluso la denuncia que pudiera haberse realizado ante las autoridades y en los medios de comunicación, no pueden ser considerados como una intromisión ilícita en el honor del demandante, al estar amparada por el ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información, pues versaban sobre una cuestión de relevancia pública en ese ámbito y no se empleaban expresiones insultantes o innecesariamente ofensivas, por más que supusieran una dura crítica del demandante.

Respecto de la segunda, debe decirse que la libertad sindical permite el ejercicio de la acción sindical dentro y fuera de la empresa, pero debe hacerse siempre en contextos relacionados con el conflicto laboral al que va referida dicha actividad. Con la colocación de los pasquines y carteles que incluyen el nombre y la fotografía del demandante en la localidad de residencia del demandante y en la farmacia de su madre, entornos sin conexión con el ámbito en que se ha producido el conflicto laboral, las trabajadoras y el sindicato demandados no han pretendido realizar una crítica al directivo o a un determinado modelo de servicio público en un entorno en el que tal cuestión tenga relevancia pública, sino que han pretendido señalar al demandante ante sus vecinos y familiares, y escarnecerlo, atribuyéndole una conducta desmerecedora ante sí mismo y ante los demás, de un modo completamente descontextualizado respecto del ámbito donde el conflicto ha tenido lugar y, por tanto, desconectado de la función de las libertades de expresión y sindical que puede legitimar el sacrificio de los derechos de la personalidad para salvaguardar los bienes jurídicos protegidos por tales libertades. Es cierto que los carteles y pasquines no incluyeron insultos u otras expresiones ofensivas innecesarias para el mensaje que se trataba de transmitir, pero para que la afectación del derecho al honor del demandante fuera legítima, era preciso también el otro requisito, el de la relevancia pública, que si bien concurría en los carteles y pasquines colocados en el ámbito en que se produjo el conflicto (la residencia y sus alrededores), era inexistente en la localidad de residencia del demandante y en la farmacia de su madre, pues, tal como afirmó el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, empapelar el pueblo del demandante y la farmacia de su madre con tales pasquines y carteles tiene más de venganza (o, más bien, de escarnecimiento público) que de actividad sindical.

Lo expuesto lleva a que el recurso de casación sea desestimado.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, SALA DE LO CIVIL, sentencia nº 511/2016 del 20-7-2016, en <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasemat-ch=TS&reference=7743851&links=&optimize=20160727&publicinterface=true>>.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. RESTITUCIÓN. INTERÉS SUPERIOR. RESIDENCIA HABITUAL. ALCANCE (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: un matrimonio, casado en Ontario en el año 2000, se mudó a Alemania en 2001, donde consiguió la residencia permanente y tuvo dos hijos. Ya separados, y en vista de las dificultades académicas de los niños, decidieron que la madre los llevaría a Canadá por dieciséis meses para que mejoraran su desempeño en una nueva escuela. En agosto de 2014, pasados los dieciséis meses acordados, la madre no los restituyó. El padre revocó su consentimiento y presentó una solicitud de restitución con fundamento en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, “Convenio de La Haya”). Por resolución de un tribunal canadiense, los menores fueron trasladados a Alemania. Poco después, los tribunales de ese país otorgaron la custodia exclusiva a la madre y los niños regresaron a Canadá.

Tanto Canadá como Alemania son países firmantes del Convenio de La Haya. El objeto de este es proteger los intereses del menor: velar por que se respeten los derechos de custodia y se garantice su restitución inmediata al Estado en que reside habitualmente. El art. 3 del tratado contempla que los traslados o retenciones son ilícitos cuando se viola un derecho de custodia otorgado con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado o retenido. El derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente en términos del derecho del Estado en cuestión. Cabe la excepción de una eventual oposición alegada por el menor.

La causa llegó a esta Corte Suprema cuando el pleito entre los padres ya estaba resuelto. No obstante, resultó necesario precisar el significado de la voz “residencia habitual”. Se buscó establecer los parámetros que los jueces deberán tener en consideración al momento de determinar el lugar de residencia habitual del niño en los supuestos de sustracción de menores.

En pos de definir la residencia habitual, el juez que primero intervino en la causa entendió que resultaban determinantes las intenciones de los padres. A su turno, la *Cour divisionnaire* de Ontario estimó que lo primordial era asegurar la integración de los niños a la comunidad. La decisión fue coincidente con la dictada en primera instancia, por lo que la sentencia fue apelada ante esta Corte.

2. Sentencia: a fin de determinar el lugar de residencia habitual del menor, en términos del art. 3 del Convenio de La Haya, debe aplicarse un criterio híbrido, que tenga en cuenta la objeción del niño, según prevé el art. 13.2 del tratado.

También deben ser valoradas todas aquellas cuestiones que hagan a la situación del menor, a saber, su situación social y los lazos que mantiene con cada país, así como la voluntad y situación social de los padres. A su vez, los tribunales pueden negar la restitución del niño si se constata alguna excepción de las contempladas en el art. 13 del tratado —por ejemplo, la objeción del niño o la consideración de su opinión en razón de su edad o madurez—, siempre que su interpretación no comprometa el carácter general de la regla.

Este criterio importa un cambio en el tratamiento de los casos de sustracción internacional de menores. En este caso puntual, si bien la demora del procedimiento contrarió el primer objetivo del Convenio, que es asegurar la restitución inmediata del menor, esta Corte procuró definir el concepto de residencia habitual para agilizar los procedimientos de restitución y que se lleven a cabo de inmediato. A tal efecto, se inclinó por aplicar el modelo denominado híbrido con el que entendió que se alcanzaría el objetivo de restitución con mayor premura. Así, se procura dar protección al menor, desalentar la sustracción y asegurar que la custodia sea decidida por los tribunales nacionales del lugar de residencia habitual del menor. También se instó a los tribunales de las instancias inferiores a adoptar medidas similares.

En este caso, los niños fueron restituidos a Alemania, donde los tribunales nacionales otorgaron la custodia a la madre. Actualmente, viven con su madre en Canadá y no han quedado pendientes otras cuestiones que deban ser resueltas judicialmente.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, sentencia n° 37250 del 20-04-2018, en <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17064/index.do>>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. EXTRANJEROS. INMIGRANTES. EXPULSIÓN. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: X es un ciudadano ruso que creció en Alemania. En marzo de 2017, las autoridades alemanas ordenaron su deportación a Rusia porque sospechaban que participaría o llevaría adelante un ataque terrorista en Alemania y, por lo tanto, consideraban que era una amenaza para la seguridad nacional. Quedó detenido hasta que se resolviera su deportación.

En julio de 2017, los tribunales alemanes rechazaron su pretensión de dejar en suspenso su deportación. El Tribunal Administrativo Federal llegó a la conclusión de que, aun cuando existiera el riesgo de que X fuera torturado y maltratado en la región de Daguestán, donde había nacido, lo cierto es que este peligro no existía en otras partes de Rusia y, por lo tanto, podía ser deportado a otro lugar. Fundó sus conclusiones en la información brindada por una ONG rusa llamada “Comité contra la Tortura”, la cual confirmó que existía la posibilidad de que X fuera interrogado y monitoreado por organismos de seguridad en Rusia, pero era altamente improbable que fuera torturado. Asimismo, el Tribunal entendió que otros informes de acceso público relativos a personas directamente vinculadas con los conflictos en el Cáucaso Norte o a sus familiares no resultaban aplicables, ya que X había abandonado Daguestán cuando tenía tres años. Esta decisión fue confirmada al poco tiempo por el Tribunal Constitucional Federal.

El proceso principal ante el Tribunal Administrativo Federal continúa en trámite.

El 30 de julio de 2017, el peticionante interpuso entonces un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Fundándose en el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes), alegó que su deportación a Rusia lo expondría al riesgo de ser torturado, vigilado, detenido o ser víctima de una desaparición forzosa. Con base en el art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), se agravio de que sería separado de su familia y del país donde había vivido los últimos 15 años. Por último, con fundamento en el art. 13 (derecho a un recurso efectivo), sostuvo que los tribunales nacionales no habían evaluado en profundidad la situación en la cual se encontraría de ser deportado a Rusia.

2. Sentencia: se rechaza en forma unánime el recurso interpuesto y se lo declara inadmisibile.

En lo relativo al art. 3 (prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes)

Tomando en cuenta la cuidadosa valoración de la prueba y el profundo análisis realizado en este caso por los tribunales alemanes, esta Corte llega a la conclusión de que no existen razones para considerar que, de ser deportado a Moscú, el recurrente quedaría expuesto a un riesgo real de padecer torturas o tratos inhumanos o degradantes.

Al igual que los tribunales alemanes, esta Corte entiende que los informes disponibles hacen referencia a personas directamente vinculadas con los conflictos en el Cáucaso Norte o a sus familiares. Sin embargo, el recurrente no tiene relación alguna con estos conflictos, ya que abandonó Daguestán cuando tenía tres años.

Asimismo, esta Corte ha examinado nueva información proveniente de otra ONG llamada “Memorial” que no estaba disponible mientras tramitaba el proceso en Alemania y que contradice el informe del “Comité contra la Tortura” en el que se fundaron los tribunales alemanes. Este último afirmaba que, de ser deportado, existía un alto riesgo de que el recurrente fuera víctima de persecución y tortura. Esta Corte considera que, si bien ambas ONGs resultan igualmente confiables, ninguna fundó sus presunciones en la existencia de deportaciones similares previas.

Por lo tanto, no se encuentran razones para apartarse de lo decidido en las sentencias de los tribunales alemanes en cuanto al riesgo de maltrato, y se resuelve que esta parte de la pretensión debe ser rechazada por resultar manifiestamente infundada.

En lo relativo al art. 13 (derecho a un recurso efectivo)

Esta Corte ya ha considerado el agravio de que el análisis de los tribunales nacionales no ha sido lo suficientemente exhaustivo en términos del art. 3.

Por lo tanto, se rechaza esta pretensión por resultar manifiestamente infundada.

En lo relativo al art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)

Considerando que las cuestiones fundadas en el art. 8 se encuentran pendientes de resolución ante el Tribunal Administrativo Federal, esta Corte concluye que esta pretensión debe rechazarse por no haberse agotado los recursos internos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *X v. Germany*, sentencia del 30-11-2017, en <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-179279%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-179279%22]})>.



DERECHO PENAL. ABANDONO DE PERSONAS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. SALUD. CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO DEL PACIENTE. DIGNIDAD HUMANA (REPÚBLICA CHECA).

1. Antecedentes del caso: el médico N. H. fue condenado por no haber asistido a su madre (con quien vivía junto a su padre), incumpliendo de esa forma la Ley de Servicios de Salud n° 372/2011, a pesar de saber, por lo menos un mes antes de la internación de aquella, que vivía en pésimas condiciones higiénicas, que su salud estaba muy deteriorada, que no podía cuidarse a sí misma y que su marido (padre de N. H.) tampoco podía proporcionarle los cuidados necesarios. La enferma presentaba un cuadro de desnutrición grave y de deshidratación, escaras en el área del sacro, del hombro y de la clavícula derechos, así como detrás de la inserción de la aurícula derecha en el área mastoidea, anomalías en el lado derecho de la cabeza e infección crónica en el brazo derecho.

N. H. reiteró un pedido previo de su padre al médico de cabecera de su madre para que la visitara. Este se presentó y, al evaluar las condiciones de salud de la paciente, llamó a la ambulancia para que la trasladara al Hospital de la Universidad Královské Vinohrady, donde fue internada. La mujer falleció como consecuencia de una inflamación aguda en los pulmones causada por haber vivido mucho tiempo en pésimas condiciones de salud, deficiencias nutricionales, deshidratación, falta de higiene y asistencia médica.

El tribunal de distrito consideró que la circunstancia de que la madre de N. H. no hubiera cooperado y hubiera rechazado los cuidados del hijo no constituía un justificativo válido para que este no la asistiera ni para eximirlo de responsabilidad penal. Además, consideró inaceptable que, aun en el supuesto caso de que la enferma realmente hubiera rehusado cualquier tipo de asistencia médica, N. H. estuviera eximido del deber de brindarle o procurarle asistencia. En consecuencia, lo declaró culpable del delito tipificado en el art. 150.2 del Código Penal y le impuso una pena de prisión de ocho meses en suspenso por un período de dieciséis meses.

N. H. impugnó esta decisión ante el Tribunal Municipal de Praga, el cual rechazó el recurso por considerar que la resolución de primera instancia estaba bien fundada.

N. H. apeló, entonces, ante la Suprema Corte la resolución del Tribunal Municipal de Praga, alegando que su madre había rechazado su asistencia.

El Procurador General, por su parte, consideró que la enferma era una persona legalmente capaz y que, por ende, sin su consentimiento resultaba absolutamente inadmisibles e inaceptable proporcionarle asistencia. La jurisprudencia y la Ley de Servicios de Salud prevén claramente la imposibilidad de proveer asistencia sin contar con el consentimiento expreso del paciente. Por ello, el Procurador General sostuvo que N. H. había intentado brindar asistencia médica a su madre y que no había cometido un delito de no proveerla, dado que ella lo había rechazado.

La Suprema Corte, sin embargo, rechazó el recurso de N. H., porque consideró que, en verdad, antes de la visita del médico de cabecera, la enferma no había podido expresar su consentimiento para ser asistida médicamente y que, al recibirla, no había opuesto resistencia. Por otra parte, entendió que el art. 28.1 de la Ley de Servicios de Salud respeta la libre voluntad de los pacientes capaces, toda vez que prevé que ellos solo pueden ser asistidos médicamente con su consentimiento libre e informado. Sin embargo, estimó que, pese a la negativa de su madre, N. H. tenía –como médico– el deber de procurar la asistencia médica de terceros. En efecto, las condiciones de salud de su madre eran de extrema necesidad (art. 28.1 del Código Penal). Por último, la Corte decidió que “en el presente caso, los aspectos legales, morales y éticos se encuentran interrelacionados, y una injerencia en la integridad volitiva de la enferma en relación con la responsabilidad penal debe ser ciertamente evaluada también en términos de lo establecido por el art. 12.2 del Código Penal, relativo a la subsidiariedad de la represión penal”.

N. H., entonces, recurrió ante el Tribunal Constitucional alegando una violación de su derecho a un juicio justo, dado que los hechos establecidos por los tribunales previamente intervinientes resultaban totalmente inconsistentes con las pruebas y sus sentencias no estaban adecuadamente fundadas. Por ello, denunció que aquellos habían violado uno de los principios constitucionales fundamentales del derecho penal de orden constitucional, a saber, el principio *in dubio pro reo*. Asimismo, argumentó, en el marco de la presunta violación del art. 39 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales (en adelante, Carta), que solo una ley puede tipificar los delitos y que la cuestión fundamental que los tribunales inferiores habían omitido considerar era si estaba obligado a intervenir, aunque la enferma no deseaba recibir asistencia de su hijo ni que este se interesara por ella o que procurara que la asistieran terceras personas. En este contexto, el accionante sostuvo que una omisión equivale a un acto solo cuando una persona no lo realiza pese a estar jurídicamente obligada a ello. Destacó que los tribunales previamente intervinientes no habían evaluado la circunstancia de que su madre había rechazado la propuesta de cuidado que –en su doble carácter de hijo y de médico– le había formulado.

2. Sentencia: se revocan las decisiones del tribunal de distrito, del Tribunal Municipal de Praga y de la Suprema Corte por resultar violatorias del derecho garantizado por el art. 39 de la Carta, que dispone que solo una ley puede tipificar los delitos.

A. Principios generales

De conformidad con el art. 39 de la Carta, solo una ley puede tipificar los delitos. Del mismo modo, el art. 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, Convención) dispone que nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que, en ese momento, no constituía una infracción en términos del derecho nacional o internacional.

En el presente caso, el recurrente alega haber actuado lícitamente toda vez que su madre no deseaba ser asistida y él no podía ir contra la voluntad de ella. Existe, por ende, un conflicto entre el deber del recurrente de asistir a una persona cuya vida o salud están en peligro y el derecho de esta a rechazar dicha asistencia, lo que se basa en el derecho a la inviolabilidad de la persona y de su intimidad, protegidos por los arts. 7.1 de la Carta y 8 de la Convención.

Según lo establecido en el art. 5 del Convenio europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (en adelante, Convenio), una intervención en el ámbito de la salud solo puede efectuarse después de que la persona afectada prestó su consentimiento libre e informado. Las excepciones a esta disposición están previstas para las personas incapaces de dar ese consentimiento por razones de edad, discapacidad mental, enfermedad, alteración mental o una situación de emergencia en la que sea imposible brindarlo.

La jurisprudencia de este Tribunal y la relativa a la Convención se fundan en las normas del Convenio e indican expresamente que cualquier intervención efectuada sin un consentimiento libre e informado del paciente constituye una injerencia en el derecho a la inviolabilidad de la persona consagrado en el art. 7.1 de la Carta o en el derecho a la integridad física protegido por el art. 8 de la Convención, y, por ello, debe estar justificada en términos del Convenio.

Tal como este Tribunal decidió anteriormente, el instituto del consentimiento libre e informado a una intervención médica deriva del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas y de su libertad para tomar decisiones relativas a su propio cuerpo y promueve la autonomía de sus elecciones éticas. Ello contrasta con la tesis paternalista que admite que las decisiones de una persona sean tomadas por terceros (por un médico, por ejemplo) en aras de garantizarle buena salud. En última instancia, siempre es el paciente, en tanto persona libre y titular de derechos fundamentales –entre los que se inscribe el derecho al respeto por su integridad física y psíquica–, quien deberá consentir cualquier injerencia. Al mismo tiempo, es preciso reconocer que otras personas pueden considerar errónea su decisión de rechazar, por ejemplo, ciertos tratamientos.

El núcleo mismo de la Convención radica en el respeto de la dignidad humana y la libertad, y los conceptos de autodeterminación y autonomía personal son principios importantes para interpretar ese conjunto de normas. El derecho a vivir la propia vida y a seguir las propias elecciones incluye el de desarrollar actividades que pueden ser percibidas como físicamente perjudiciales o peligrosas para esa persona. En materia de atención sanitaria –incluso cuando el rechazo de un tratamiento pueda tener un desenlace fatal–, la realización de una intervención médica no consentida por una persona adulta psicológicamente capaz resulta contraria al derecho a la integridad física protegida por el art. 8 de la Convención.

Por otra parte, el valor fundamental en el que se basa el ordenamiento constitucional checo es el respeto a la libertad de las personas (art. 1 de la Carta y Preámbulo de la Constitución). La libertad constituye el elemento esencial de un Estado de derecho democrático. En efecto, el respeto de la protección de la dignidad humana y de la libertad es el fin último y general del Derecho. La libertad también incluye el derecho de las personas a tomar sus propias decisiones en relación a su existencia, por lo que son creadoras activas de su camino o proyecto de vida. El respeto de esta autonomía implica, en cierta medida, que cada uno es responsable de su propia felicidad. El Estado tiene poco margen de injerencia en la toma de estas decisiones, ya que los derechos fundamentales solo pueden ser restringidos para proteger los derechos de terceros u otros intereses públicos constitucionalmente protegidos. En el caso del derecho a la inviolabilidad de la persona, la restricción puede ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo mientras se respete el principio de proporcionalidad. En el caso de una persona adulta legalmente capaz para tomar decisiones, el Estado no puede interferir en su integridad para protegerla.

Lo cierto es que, aun en el ámbito de la asistencia sanitaria, es necesario respetar el principio de libertad y de autonomía de la voluntad y el derecho del paciente a rechazar la asistencia, incluso cuando sea considerada fundamental para preservar su salud.

B. Aplicación de los principios generales al presente caso

En el presente caso, los tribunales previamente intervinientes sostuvieron que, si bien la enferma había rechazado la asistencia ofrecida por N. H., este, de todas maneras, debería habérsela proporcionado. En este caso, la capacidad legal de la enferma no estaba disminuida y no hay nada que indique que, entre diciembre de 2013 y comienzos de enero de 2014, ella no tuviera la capacidad para prestar o denegar su consentimiento a tratamientos relativos a su salud. Es evidente que los tribunales no examinaron este aspecto y no fundaron sus decisiones al respecto.

Si la incapacidad de la enferma para prestar o denegar su consentimiento a recibir asistencia médica no ha sido establecida en el proceso, las normas jurídicas tampoco autorizan a brindarle asistencia.

Por ello, es errónea la opinión de los tribunales según la cual el recurrente estaba obligado a brindar asistencia a su madre enferma. Si efectivamente ella rechazó la asistencia ofrecida por el recurrente, el deber de este era respetar la voluntad de su madre y no contradecirla. De lo contrario, su accionar hubiera violentado el derecho al respeto a la autonomía personal de aquella. El criterio adoptado por los tribunales previamente intervinientes implicaría que los médicos y cualquier otra persona tienen el deber de proporcionar asistencia a pesar del rechazo del enfermo adulto psicológicamente capaz. Dicha interpretación sería contraria a los principios de autonomía de la voluntad y autodeterminación de las personas que derivan de los derechos protegidos por la Constitución.

Por ello, en las decisiones impugnadas, los tribunales previamente intervinientes violaron el derecho garantizado en el art. 39 de la Carta, conforme al cual solo una ley puede tipificar los delitos.

Este Tribunal no considera decisivo el argumento de la Suprema Corte según el cual la enferma no tuvo la posibilidad de manifestar su consentimiento o rechazo a recibir asistencia médica hasta el día 9 de enero de 2014. Lo relevante en este caso es que el recurrente fue condenado por no proporcionar personalmente asistencia y no por no procurarla a través de terceros.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA CHECA, sentencia I.ÚS 2078/16 del 2-2-2017, en <http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/1-2078-16__2_.pdf>.



DERECHO PENAL. ABORTO. DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. **DERECHO A LA VIDA.** CONDICIÓN DEL *NASCITURUS*. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA. **MUJER.** DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LA MUJER. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.** PERSONAL MÉDICO REQUERIDO PARA INTERRUPIR UN EMBARAZO. PERSONAS JURÍDICAS. OBJECCIÓN INSTITUCIONAL (CHILE).

1. Antecedentes del caso: un grupo de senadores —que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio— dedujo un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres supuestos. Días después, hizo lo propio un grupo de diputados. Ambas presentaciones fueron acumuladas por el Tribunal Constitucional de Chile. Impugnaron los arts. 1 (numerales 1, 2, 3 y 4), 2, 3 y el transitorio del proyecto de ley.

En primer lugar, sostuvieron que, al permitir el aborto en tres supuestos, el proyecto vulnera la vida del que está por nacer. Al gozar esta de protección constitucional, resulta inaceptable cualquier regulación que tienda a desprotegerlo por la vía de desatender la tipificación o sanción penal. Asimismo, el aborto termina con la vida de un ser humano en gestación, y la competencia del legislador es para conservar la vida, por lo que no puede contravenir esa finalidad. Finalmente, el proyecto hace prevalecer los derechos de la madre, impidiendo dar la debida protección al que está por nacer.

En segundo lugar, objetaron las tres causales que el proyecto establece. (i) Respecto del riesgo vital que ponga en peligro la vida de la mujer, sostuvieron que permite un aborto directo en circunstancias en que la Constitución tolera solo el aborto indirecto. Explicaron que esta causal es innecesaria, porque el actual art. 119 del Código Sanitario (CS) lo permite. Consideraron que el “riesgo vital” es una causal ambigua, y también reprocharon que esa causal se haga operativa mediante la intervención de un solo médico, y no de dos o más, o de un equipo médico. (ii) Respecto de la

segunda causal —que autoriza el aborto cuando el embrión o feto padezca una patología congénita de carácter letal—, afirmaron que es difícil de diagnosticar; también, que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud. Asimismo, existe un riesgo para la salud de la madre, toda vez que el aborto en estas circunstancias no tiene plazo, y entre más edad gestacional tenga el feto, mayor es el riesgo que se genera para ella. Del mismo modo, no se repara en el efecto psicológico en las madres que el aborto produce, afectando su integridad física y psíquica, garantizada por la Constitución. Además, sostuvieron la insuficiencia de dos médicos para certificar la causal, dado que en la muerte encefálica se exige un equipo de médicos y una certificación unánime e inequívoca. Finalmente, mencionaron que no hay acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que se encuentran en esta causal. (iii) En relación con la tercera causal —cuando el embarazo sea resultado de una violación—, sostuvieron que médicamente no se justifica porque se está frente a una mujer sana y un feto sano, por lo cual no es un aborto, sino un asesinato.

En tercer lugar, reprocharon la objeción de conciencia que regula el proyecto: (i) cuestionaron que la objeción solo sea posible respecto de personas naturales y no de personas jurídicas; y (ii) impugnaron que el profesional que la invoque no pueda hacerlo en el caso de la necesidad de atención médica inmediata e impostergable, y el que no abarque a todo el equipo que interviene en la situación: en ambos casos, se afecta el principio de igualdad ante la ley y la libertad de conciencia que consagra la Constitución.

En cuarto lugar, advirtieron varias desigualdades ante la ley: (i) el distingo de edad en las causales, al establecer un marco distinto de acuerdo a la edad de la mujer (menor de 14 años, entre 14 y 18 años, mayor de 18 años); (ii) las distintas formas de acreditación de las causales (en una se exige la intervención de un doctor, en otra, dos, y en la tercera se exige la intervención de un equipo médico); (iii) la forma en que los padres o representantes legales participan en el proceso; y (iv) el acompañamiento es protector de la vida del que está por nacer solo cuando la mujer decide continuar su embarazo, pero no cuando esta desea interrumpirlo, dejando en indefensión al *nasciturus*.

La Presidente de la República de Chile solicitó el rechazo de los mencionados requerimientos, exponiendo que la totalidad de las disposiciones impugnadas se encuentran ajustadas a la Constitución Política de la República (CP).

2. Sentencia: se rechazan las impugnaciones efectuadas al proyecto de ley y se acoge parcialmente la impugnación al art. 1º, numeral 3º, incs. 1 (en la voz “profesional” y la expresión “en ningún caso”) y 3 (respecto de la frase “*Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119*”), disposición que introduce un nuevo art. 119 *ter* al Código Sanitario y que se declara como contraria a la Constitución Política.

Se declara que el art. 1º, numeral 3º del proyecto de ley, que introduce un nuevo art. 119 *ter* al Código Sanitario, en su parte no objetada, es del siguiente tenor:

“3. *Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:*

“Artículo 119 *ter*. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse

de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

”Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

”En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención”.

2.1. Este Tribunal, como tribunal de derecho, decidirá desde la perspectiva de la Constitución, sin perjuicio de las convicciones personales, morales o religiosas de sus integrantes.

Por otra parte, le corresponde revisar si la decisión del legislador se enmarca en la Constitución Política, en este caso puntual, y respecto de las objeciones planteadas en el requerimiento. Es decir, no se pronunciará sobre si en el país se permite el aborto ni se manifestará sobre el aborto en general.

Finalmente, tiene plena legitimidad para decidir en virtud de que: (i) todos, el Congreso inclusive, debemos respetar la Constitución Política; (ii) es la atribución que la Constitución Política dio a este Tribunal Constitucional; (iii) así lo solicitó quien está legitimado para hacerlo; y (iv) la Constitución Política encargó a la ley proteger la vida del que está por nacer, razón por la cual ese encargo está dentro de los límites impuestos por la Constitución Política.

2.2. Se destaca que para arribar a una decisión, este Tribunal analiza la regulación del aborto que contiene el proyecto; la regulación histórica del aborto en el país; la regulación en el derecho comparado; la manera en que los tribunales de otros países han resuelto la legalización del aborto; y los precedentes del propio Tribunal.

2.3. Conviene dejar sentados los criterios interpretativos que guiarán el razonamiento de este Tribunal. En primer lugar, la corrección funcional: es al Congreso –junto con el Ejecutivo como colegislador– a quien corresponde establecer el marco jurídico que regula nuestra sociedad, apreciando el modo en que se busca solucionar determinado problema. Así, solo a esos poderes del Estado corresponde

apreciar la bondad o conveniencia del contenido de las regulaciones. Mientras se mantengan dentro de los márgenes permitidos por la Constitución Política, no hay reproche alguno que pueda formularse.

El segundo criterio es la presunción de constitucionalidad: salvo que exista una duda más que razonable, los proyectos aprobados por el Congreso Nacional deben considerarse que se ajustan a la Constitución Política. Por ello mismo, quien alega la inconstitucionalidad debe demostrarla. Solo ante la inexistencia de una conciliación posible entre el proyecto de ley y la Constitución Política, cabe declarar la inconstitucionalidad.

El tercero es la interpretación sistemática: las normas de la Constitución Política no pueden interpretarse aisladamente unas de otras, sino que su sentido debe ser producto de la conjugación armónica de sus distintos preceptos.

El cuarto es la dinamicidad de la interpretación constitucional, que debe permitir la adaptación del texto a las distintas realidades y también sujetarse a los cambios de contexto que puedan tener lugar.

Finalmente, se debe tener presente que los derechos fundamentales no pueden consagrarse ni protegerse de un modo absoluto o ilimitado, pues tienen como límite natural el derecho de los otros y las limitaciones o restricciones constitucionalmente previstas siempre que no afecten su contenido esencial (art. 19.26 CP).

2.4. Los elementos que guiarán el razonamiento de este Tribunal se vinculan con ciertos aspectos, a saber: el pluralismo que la Constitución Política garantiza, los derechos de la mujer, el derecho del que está por nacer, el derecho penal concebido como *última ratio* y los derechos de los pacientes.

2.5. Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

2.5.1. Los requirentes principalmente fundan su alegato en la protección del que está por nacer (art. 19.1.2 CP).

El Tribunal advierte la diferente regulación contenida en la Constitución Política entre “persona” y “quien está por nacer”. En el primer caso, establece el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física; en cambio, en el segundo, delega en la ley ese rol protector.

La Constitución Política manda proteger la vida del que está por nacer; no habla de proteger el derecho a la vida.

Proteger significa cuidar, favorecer, defender, y conlleva desarrollar medidas positivas de potenciamiento. Dicha protección implica que deben existir medidas de todo tipo indispensables para la vida del no nacido, pero no sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros. Consecuentemente, esa protección no puede implicar un mandato para descuidar a la mujer o considerarla como un elemento utilitario de protección del no nacido, pues la maternidad es un acto voluntario que exige el compromiso de la mujer embarazada. No puede ser para ella una imposición del Estado a cualquier costo. Además, cuando la Constitución Política ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente.

El derecho a la vida, como cualquier derecho fundamental, carece de carácter absoluto y acepta limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y de su dignidad. Tal sería el caso, entre otros, de la interrupción del embarazo. Este derecho supone dos contenidos básicos: el derecho a tener y vivir una vida en condiciones dignas y el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella. El contenido que le otorga el derecho constitucional a la vida es de protección positiva, no un derecho a la libertad que incluya la propia muerte. Sin embargo, ello no impide reconocer –como lo ha hecho el Tribunal Constitucional español– que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, puesto que la privación de la vida propia es un acto no prohibido por la ley (STC 120/1990).

El último elemento que establece el art. 19.1, inc. 2 CP es que la vida que se protege es la del que está por nacer (denominado también criatura, hijo en período de gestación, no nacido o embrión humano). A su vez, con respecto al nacido, la Constitución Política lo denomina persona (se emplea también hijo ya nacido, niña o niño, menor de edad, hijo menor, menor, ser humano que no ha cumplido los 14 años, hijo). El texto constitucional, cuando utiliza la expresión “hijo”, la reserva para los nacidos. Está claro cuál es el límite temporal entre ambos supuestos: el nacimiento. Sin embargo, la Constitución Política guarda silencio respecto del comienzo de esa condición. En el precedente STC 740/2007, este Tribunal sostuvo que ello ocurría desde la concepción, y lo propio surge del derecho nacional e internacional (ley 20.120, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*). Este Tribunal considera que dado el silencio de la Constitución Política en este punto, no le corresponde a este organismo establecer algo en este sentido, sobre todo por la controversia científica y las posiciones morales encontradas en la materia; y entiende que el Congreso Nacional se encuentra mucho más capacitado y legitimado que este Tribunal para resolver la controversia de cuándo comienza la vida del que está por nacer, dada la falta de una regla explícita en la Constitución Política. Zanjear este asunto no es ajeno a la presente controversia, pues afirmar que la vida comienza desde la concepción implica establecer una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde transcurre el embarazo y donde tiene poco que hacer o decir.

Queremos profundizar sobre si el mandato de protección del que está por nacer que establece la Constitución Política prohíbe la despenalización de ciertas conductas. En ese sentido, se advierte que el vocablo “proteger” no puede interpretarse como una prohibición. Nuestra Constitución Política rara vez se refiere a delitos y, en particular, no trata ni se refiere al aborto. Ello así, pues encarga al legislador la prerrogativa de la punición: la ley puede crear delitos, establecer la conducta reprochada y fijar la pena. La Constitución Política asegura el derecho a la vida; el Código Penal castiga el homicidio. Pero no son sinónimos. Proteger el derecho a la vida no es equivalente a tipificar el homicidio. El legislador es el encargado de apreciar el margen que ha permitido establecer, en el Código Penal, el aborto como un delito distinto al de homicidio y al de infanticidio, incluirlo en títulos diferentes, fijar distintas penas,

omitir las lesiones al feto y restringir el aborto culposo. La protección constitucional no se reduce al ámbito penal, sino que se extiende a otras normas que protegen la maternidad y la vida del que está por nacer. Se trata de normas diseñadas por el legislador, enmarcadas en el art. 19.1, inc. 2 CP.

2.5.2. Este Tribunal observa que, para los requirentes, el que está por nacer es una persona humana. En tal sentido, es un sujeto y puede adquirir y ejercer derechos. El Ejecutivo y la Cámara de Diputados, por su parte, sostienen que la condición de persona comienza con el nacimiento.

El Código Civil (CC) señala que la existencia legal de toda persona se inicia al nacer y finaliza con la muerte natural. El nacimiento se produce al separarse completamente de la madre. Al establecer que la existencia legal principia al nacer, el Código Civil produce dos efectos: los derechos reconocidos al que está por nacer quedan diferidos hasta que nazca (si nace, entra en su goce; y si no nace, se reputa que no ha existido jamás). El Código denomina a los nacidos personas, y a los que están por nacer, criaturas. Y nunca considera a las personas como si no hubiesen existido. Así, el Código Civil pone énfasis en el nacimiento para distinguir uno de otro.

La Constitución Política solo considera que las personas tienen derechos y que estas son tales desde su nacimiento. Para la Constitución Política, el que está por nacer representa un bien jurídico muy importante, de ahí que le encarga al legislador su resguardo. El que está por nacer no necesita ser persona para recibir protección, y es la única entidad en nuestro sistema jurídico que tiene esta posibilidad. Sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración de los derechos que tiene la mujer. La Constitución Política no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone a esta tener un hijo producto de una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución Política. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar. El derecho a la vida que tienen todas las personas tampoco es absoluto; este se ve limitado por la pena de muerte y por una serie de instituciones que legitiman la muerte (la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso de arma de fuego por la autoridad policial). De este modo, no puede considerarse que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés.

2.5.3. Se han formulado reproches a las tres causales que autorizan la interrupción del embarazo en el proyecto de ley cuestionado. Dicho proyecto mantiene la tipificación del aborto, de ahí que el art. 119 que se introduce al Código Sanitario, con la exigencia de que haya voluntad de la mujer —expresa, previa y por escrito— y que se autorice la intervención por un médico cirujano, establezca esas tres causales de excepción: (i) que la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; (ii) que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso, de carácter letal; y (iii) que el embarazo sea producto de una violación. La primera causal está

centrada en la mujer; la segunda, en el embrión o feto; la tercera busca proteger la integridad física y psíquica de la mujer. Se infiere que las circunstancias que permiten configurar estas tres causales están tipificadas, reflejan situaciones graves, tienen estrictos requisitos y buscan que la mujer no sea sometida a reproche penal alguno en caso de que interrumpa su embarazo.

Como se observa, el proyecto de ley –a diferencia de lo sostenido por los requirentes– no desprotege al que está por nacer: en primer lugar, porque sigue existiendo el delito de aborto; en segundo lugar, porque el proyecto solo libera de reproche penal en tres supuestos; en tercer lugar, porque las causales están sometidas a estrictos requisitos que no dependen solo de la voluntad de la mujer, pues exigen un diagnóstico médico; finalmente, porque el proyecto no deroga ni modifica el conjunto de disposiciones legales de todo tipo que buscan proteger al que está por nacer.

2.5.3.1. *La primera causal no vulnera la Constitución Política*

Se reprocha que permite un aborto directo en circunstancias en que la Constitución Política tolera solo el aborto indirecto. Los requirentes sostuvieron que la causal es innecesaria porque el actual art. 119 CS permite el aborto indirecto. Consideran que la causal “riesgo vital” es ambigua y reprochan que esa causal se haga operativa mediante la intervención de un solo médico, y no de dos o más, o de un equipo médico.

Antes que nada, es menester separar los reproches jurídico-constitucionales –sobre los que este Tribunal ha de pronunciarse– de las objeciones de mérito o conveniencia, que son de apreciación del Congreso Nacional. Dentro de estas últimas, está el reproche de la insuficiencia de la intervención de un solo médico o la innecesariedad de la causal, pues ya está legalmente prevista.

La primera causal –el riesgo vital de la madre– no vulnera la Constitución Política en tanto esta no se refiere al aborto, sino al término “proteger” para que se ampare o defienda al que está por nacer. Por otra parte, por la ley aplicable a los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, la decisión de cómo proceder no es únicamente del médico, porque dicha normativa exige el consentimiento del paciente. Por lo mismo, no puede haber un aborto indirecto sin dicha voluntad. Es la mujer la que debe decidir cómo proceder. Ni aun en caso de riesgo vital, se puede proceder sin ese consentimiento (art.15, letra *b*). Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre.

2.5.3.2. *La segunda causal no vulnera la Constitución Política*

Se sostuvo que esta causal es de difícil diagnóstico, y que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud; asimismo, que, dado que el aborto en estas circunstancias no tiene plazo, a medida que pasa el tiempo, aumenta el riesgo de salud para la madre; tampoco se contempla el efecto psicológico que el aborto produce sobre esta. Por otra parte, los requirentes consideran que para dictaminar que se produjo una muerte encefálica, dos médicos

son insuficientes. Finalmente, recuerdan que no existe acuerdo entre especialistas con respecto al listado de enfermedades que se encuentran en esta causal.

Al igual que en el apartado anterior, deben despejarse las objeciones que escapen de aquello que este Tribunal puede examinar, como el reproche a la exigencia de dos médicos especialistas y la dificultad del diagnóstico de una determinada patología. La mayor o menor dificultad en alcanzar un diagnóstico no hace más o menos constitucional la norma. En relación con la objeción relativa a no repararse en el efecto psicológico que tiene un aborto en la madre y su eventual amenaza en la integridad física y psíquica, cabe señalar que al ser ella la que inicia el proceso de interrupción del embarazo, debe asumir los efectos de su decisión: si continuar con el embarazo –no obstante la patología del embrión o feto que necesariamente terminará en la muerte de este– o si quiere terminar con esta situación y proceder a interrumpir el embarazo. Respecto del eventual riesgo en que pueda incurrir la madre producto de que el aborto no tiene plazo, hay que considerar que la decisión está sujeta al informe previo y favorable de dos médicos especialistas, confiando en su capacidad y experiencia. Por lo demás, el riesgo es asumido íntegramente por la mujer, toda vez que se requiere su consentimiento. Lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de *última ratio*, de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible.

2.5.3.3. *La tercera causal no vulnera la Constitución Política*

Se sostuvo que el aborto en este caso no se justifica por estar en presencia de una mujer sana y de un feto sano, por lo que los requirentes concluyen que se trata de un asesinato; asimismo, que el aborto no elimina el trauma producto de una violación, que igualmente hay un efecto negativo y un riesgo para la salud de la mujer. Se cuestiona que no se tomen los resguardos adecuados para acreditar la violación, lo que permite que se la dé por ocurrida para tomar decisiones que comprometen la vida del feto.

Esta causal tiene por objeto brindar a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto: ella no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito del que resulta víctima. Por lo demás, diversas convenciones internacionales establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer.

2.5.4. Se sostuvo que la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales.

Resulta necesario someter tal alegato al test de proporcionalidad. Analizadas las estadísticas obrantes en autos y no controvertidas, este Tribunal estima que adoptar medidas penales no constituye el medio más eficaz de protección al no nacido.

En cuanto al test de necesidad, cabe decir que hay medidas menos lesivas y que el derecho penal siempre es la *última ratio*. Además, la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer.

Claramente se contrasta los derechos de la mujer con un bien jurídico protegido. El embarazo provoca un compromiso vital de la mujer que afecta toda su vida. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla obliga a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El Derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de una violación.

2.5.5. Finalmente se alegó que el proyecto contempla una serie de distinciones que vulneran la igualdad ante la ley: se reprochan las distintas formas de acreditación de las causales, la distinción en cuanto a la edad de las mujeres violadas, la forma en que los padres o los representantes legales participan en el proceso, y que el acompañamiento no es suficientemente disuasivo cuando la mujer quiere interrumpir el embarazo.

Con respecto a lo primero, cabe señalar que se trata de causales distintas, sometidas a requisitos distintos, que no se pueden asimilar y someter a una misma regla común.

En relación con el segundo punto, de acuerdo con la Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, se debe distinguir entre mayores y menores de 14 años: los menores son inimputables. Para los que sean mayores de 14 y menores de 18, se les aplica esta ley. Y para los mayores de 18, se les aplica el estatuto general. Esto es importante, porque estamos hablando de causales que impiden el reproche penal en un delito: el de aborto. La distinción no es caprichosa: se funda en que de conformidad con el Código Penal, el acceso carnal a una menor de 14 años es siempre violación (art. 362 del Código Penal). Se advierte que el proyecto obliga a hacer las denuncias que correspondan. Para tal efecto, hace un distingo: la mujer mayor de 18 años, de acuerdo con el art. 369 del Código Penal, no está obligada a hacer la denuncia a la justicia o al Ministerio Público; no obstante, el proyecto dice que si la mujer no hizo la denuncia pertinente, los jefes de los establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares deben poner en conocimiento del Ministerio Público este delito. Tratándose de menores de 18 años, dichos jefes deben proceder a hacer la denuncia y notificar al Servicio Nacional de Menores. Consecuentemente, no ocurre que el asunto penal no importe; solo no condiciona el procedimiento de interrupción.

En cuanto al tercer punto, cabe decir que la distinción se funda en que están en juego derechos personalísimos y el interés superior del menor.

Finalmente, se señala que el proyecto estructura sus disposiciones sobre la base de la dignidad de la mujer: ella decide, y su voluntad debe ser expresa, previa y escrita. Entonces se le informan todas las alternativas posibles. Luego se le hace un acompañamiento, incluso si decide interrumpir el embarazo. Para los requirentes, si el acompañamiento no es disuasivo, no se protege la vida del que está por nacer. El Estado debe respetar la decisión, pero no imponerla ni coaccionarla.

En mérito de todo lo anterior, este Tribunal considera que el requerimiento debe ser rechazado, en todas sus partes.

2.6.1. La objeción de conciencia es regulada por primera vez en nuestro derecho (art. 119 *ter*, numeral 3). Dispensa al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales antes descriptas, y al resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones en el interior del pabellón quirúrgico durante la intervención de la obligación de efectuar el respectivo acto quirúrgico, cumpliéndose las formalidades que se indican.

Se dispone que el Ministerio de Salud debe dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia, resguardando el deber de asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo. Asimismo, declara que la objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución.

Este derecho se funda en el art. 19.6 CP, en cuanto asegura a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creaciones y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Sin embargo, este precepto no contiene un reconocimiento expreso de este derecho, que ha sido definido como “el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley”.

2.6.2. No son muchas las Constituciones que, en el derecho comparado, reconocen explícitamente en su texto la institución en análisis, otorgándole efecto liberatorio de alguna obligación concreta. Entre las excepcionales que lo hacen, cabe mencionar la española de 1978 (respecto de las obligaciones militares de los españoles); la del Paraguay de 1992 (que la reconoce y extiende por razones éticas y religiosas para los casos en que esa Constitución y la ley admitan).

A su turno, este tema ha sido tratado en órganos de justicia constitucional, tanto en Europa como en Latinoamérica. La Corte Europea de Derechos Humanos reconoce y admite la legislación nacional referida a la objeción de conciencia de personal médico. La interrupción del embarazo en ciertas circunstancias conlleva, en muchos países europeos, un debate persistente sobre el alcance y titularidad del derecho a la objeción de conciencia, no solo individual sino también por parte de las instituciones de salud, aspecto muy complejo especialmente tratándose de instituciones de carácter privado con un ideario contrario a dichas prácticas. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución 1763/2010) tuvo oportunidad de invitar a sus Estados miembros a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud, los cuales deben garantizar el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación del procedimiento en cuestión. Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce que los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación (CorteIDH, caso *Cantos vs. Argentina*). La Corte ha abierto la puerta para que, de manera excepcional y en ciertas circunstancias, las personas jurídicas puedan ser consideradas como titulares de ciertos derechos y obligaciones conforme al sistema interamericano. No obstante, en reiteradas oportunidades ha manifestado también que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la libertad de

conciencia y de religión. Con todo, esta aproximación no es vinculante para esta instancia de justicia constitucional.

2.6.3. En consecuencia, este Tribunal funda su decisión con respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto apego a la norma del art. 19.6 CP, pero, además, considerando las garantías contenidas en los numerales 11 y 15, en relación con el art. 1º, inc. 3 CP.

La objeción de conciencia, en la forma planteada por el proyecto de ley, debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que, individualmente o proyectadas en su asociación con otros, se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo) por razones éticas, morales, religiosas, profesionales u otras de señalada relevancia.

La Constitución Política (art. 1º, inc. 1) reconoce expresamente la dignidad de las personas, entendida como aquella cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre de un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a asegurar que sean resguardados. De esta forma, ninguna ley puede disponer de las personas como un medio, a punto tal que incluso a costa de tener que ceder en las convicciones que la definen como persona, sea puesta a satisfacer los deseos o necesidades de otros. Una alienación tal implica despojar a los destinatarios de la norma de su misma calidad de personas e imponer la obediencia ciega frente a los dictados de una ley que desconoce el elemental derecho a ampararse en las propias convicciones para no llevar a cabo un acto que violente su conciencia.

Así, la objeción de conciencia –como rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona– es una manifestación de la libertad de conciencia asegurada en el art. 19.6 CP.

La doctrina ha señalado que la libertad de conciencia autoriza a creer en lo que se desee, sea en materia política, social, filosófica o religiosa. Es una variante de la libertad de pensamiento y comprende el derecho a pensar libremente, el derecho de cada uno a formar su propio juicio, sin injerencias. Así, sin duda alguna, la objeción de conciencia puede ser interpuesta por las personas individuales, libertad que el texto constitucional no autoriza a limitar (art.19.26), máxime cuando su ejercicio incide en el ámbito de la vida de otros seres humanos conforme a la propia convicción que se sustente.

2.6.4. En la misma línea de razonamiento, atendida la naturaleza y peculiaridad del proyecto de ley en revisión, no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales cuando aquellas que no lo son también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir. No es menos evidente, asimismo, que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la Constitución Política (art. 1º, inc. 3). La interposición de este legítimo

reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el art. 19.15 CP.

Igualmente, pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del art. 19.6 CP. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el art. 19.11 CP.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11, Rol N° 3729/17, sentencia del 28-8-2017, en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=3515>>.



DERECHO PENAL. PENAS. REINCIDENCIA. CONCURRENCIA ENTRE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ENFERMOS MENTALES (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el juez interviniente en la audiencia preliminar convocada por el Tribunal ordinario de Cagliari planteó la inconstitucionalidad del art. 69.4 del Código Penal (CP) –tal como fuera modificado por el art. 3 de la ley n° 251/2005 de reforma del Código Penal y de la ley n° 354/1975 en materia de circunstancias atenuantes genéricas, reincidencia, juicio de comparación de las circunstancias del delito para los reincidentes, usura y prescripción–, en cuanto prohíbe hacer prevalecer la atenuante por semi-enfermedad mental prevista en el art. 89 CP sobre la agravante de la reincidencia regulada por el art. 99.4 del mismo código, por considerar que violenta los arts. 3, 27.3 y 32 de la Constitución italiana.

El juez remitente aduce que la norma impugnada viola el principio de igualdad porque comporta la aplicación de penas idénticas a conductas de relevancia sustancial completamente diferente, y contradice lo establecido en el art. 27.3 de la Constitución, toda vez que la finalidad reeducativa de la pena implica un principio de proporcionalidad entre la cualidad y la cantidad de la sanción, por un lado, y la ofensa, por el otro.

Asimismo, en opinión del remitente, el semi-enfermo mental –que, además, ha reincidentado reiteradamente– debería ser sometido a un tratamiento sancionatorio adecuado a su enfermedad que solo puede garantizarse si se hace prevalecer la atenuante sobre la reincidencia reiterada prevista en el art. 89 CP. Consideró que, en el presente caso, solo así sería posible imponer una sanción adecuada a la gravedad del hecho, a la personalidad y a la conciencia del autor. Por último, estimó también que la prohibición de hacer prevalecer la atenuante establecida en el art. 89 CP sobre la reincidencia reiterada vulnera el derecho a la salud garantizado por el art. 32 de la Constitución.

La Procuración General del Estado alegó que el planteo de inconstitucionalidad es inadmisibile, toda vez que la evaluación realizada por el *a quo* en orden a la aplicación de la reincidencia resulta inaceptable a la luz de los principios establecidos en la materia por la jurisprudencia constitucional y por la Corte de Casación.

2. Sentencia: se declara inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad del art. 69.4 del Código Penal –tal como fuera modificado por el art. 3 de la ley n° 251/2005 de reforma del Código Penal y de la ley n° 354/1975 en materia de circunstancias atenuantes genéricas, reincidencia, juicio de comparación de las circunstancias del delito para los reincidentes, usura y prescripción– en relación con los arts. 3, 27.3 y 32 de la Constitución.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la ley n° 251/2005, esta Corte ya se expidió sobre numerosos planteos de inconstitucionalidad del art. 69.4 CP que presuponían que la reincidencia prevista en el art. 99.4 CP era obligatoria, declarando en su sentencia n° 192/2007 su inadmisibilidat al observar que existen sólidos argumentos para considerar que el reconocimiento de dicha reincidencia es facultativa. En efecto, en opinión de esta Corte, una vez eliminado dicho presupuesto, el juez deber aplicar el aumento de la pena previsto para la reincidencia reiterada solo cuando el nuevo episodio delictivo es considerado –en relación con la naturaleza jurídica y el tiempo en que tuvo lugar la comisión de los actos precedentes, y teniendo en cuenta los parámetros indicados en el art. 133 CP– en términos de la mayor culpabilidad y peligrosidad del reo. Asimismo, en caso de que la reincidencia reiterada concorra con uno o más atenuantes, el juez deberá proceder al juicio de armonización únicamente cuando, con base en los criterios citados, considere que efectivamente la reincidencia reiterada puede influir *per se* en el tratamiento sancionatorio del hecho objeto del presente proceso.

Posteriormente, la Corte de Casación (sentencia n° 20798 del 24 de febrero de 2011), en ocasión de pronunciarse sobre diferentes aspectos de las disposiciones relativas a la reincidencia, reiteró el criterio de que esta únicamente se aplica si el juez comprueba que están reunidos sus requisitos constitutivos, no solo verificando la existencia del presupuesto formal de una condena previa, sino también, en caso de reincidencia facultativa, del presupuesto sustancial, esto es, la mayor culpabilidad y la más elevada capacidad de delinquir del reo, las cuales deben ser comprobadas discrecionalmente.

Tomando en consideración los antecedentes penales, las características personales que el juez debe evaluar a fin de pronunciarse sobre la reincidencia son las siguientes: la peligrosidad y la culpabilidad.

En el caso *sub examine*, después de enumerar los antecedentes penales del imputado, el juez remitente reconoció la reincidencia, dada la existencia de una relación entre los actos precedentes y el nuevo ilícito cometido, de mayor peligrosidad social. Sin embargo, no se pronunció sobre la culpabilidad, que, a los fines de la reincidencia, constituye otro elemento a considerar.

En efecto, el juez remitente solo tomó en consideración la culpabilidad en relación con las condiciones mentales del imputado y con la atenuante del art. 89 CP que debe ser armonizada con la reincidencia. También destacó la necesidad de

conceder una atenuación, dado que el imputado no delinque porque actúa libremente respondiendo a impulsos criminales que podría dominar, sino porque está “enfermo”, sufre un gravísimo trastorno de la personalidad que incide en la posibilidad de orientar sus elecciones y sus acciones según las normas, y repite la conducta ilícita un número infinito de veces sin siquiera percibir su ilicitud. En definitiva, el juez remitente fundó el reconocimiento de la reincidencia exclusivamente en la mayor peligrosidad del imputado, la cual infiere de los delitos precedentes cometidos por este, sin evaluar, a tales fines, el trastorno de la personalidad, aun cuando su relevancia causal es determinante en la comisión de los ilícitos.

Por otro lado, lo cierto es que el juez asigna valor al trastorno cuando considera que este se halla en el origen de una culpabilidad reducida, la cual debería fundamentar la inconstitucionalidad de la norma impugnada en cuanto excluye la prevalencia del vicio parcial de mente sobre la reincidencia reiterada.

En esta argumentación, el juez remitente no tomó en consideración que la culpabilidad disminuida del imputado debería, ante todo, haber sido evaluada a los fines de la reincidencia, para determinar si debía ser considerada existente o no, toda vez que solo después de un examen semejante y una vez que se ha reconocido la reincidencia, habría resultado relevante, y podría haberse planteado entonces la cuestión de los límites impuestos por la norma impugnada a la armonización del atenuante del vicio parcial de mente con la reincidencia reiterada.

En consecuencia, la falta de consideración de la culpabilidad en la ponderación de la reincidencia presupone un defecto de motivación de la relevancia de la cuestión aquí planteada, que, por ello, resulta inadmisibile.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 120 del 12-4-2017, en <<http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0120s-17.html>>.



DERECHO PENAL. TERRORISMO. DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO. APOLOGÍA DEL TERRORISMO. INCITACIÓN INDIRECTA A LA COMISIÓN DEL DELITO. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** EXPRESIONES DE ODIO. INCITACIÓN A LA VIOLENCIA. RESTRICCIONES. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN.** LIBERTAD IDEOLÓGICA (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: Tasio Erquizia Almandoz fue el principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) el 21 de diciembre de 2008 para rememorar en términos loables al responsable de la organización terrorista ETA José Miguel Beñarán Ordeñana –alias “Argala”–, quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu. Dicho acto fue publicitado mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a “Argala”: *“La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ella se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar”*.

Para la celebración del acto se colocó una carpa, en su interior una tarima elevada y a su lado un caballete que portaba una gran fotografía de “Argala”. En el centro había una pantalla en la que se proyectaron fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos y, al otro lado, un atril desde el cual Erquizia Almandoz pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema “*Independentzia Sozialismo 1949-1978*”, en referencia a la fecha de nacimiento y muerte de “Argala”. Durante el homenaje, actuaron bailarines (“*dantzaris*”) que ejecutaron una “*Ezpatadantza*” o danza de espadas –baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares–, y también se ejecutó una “*Ikurrin dantza*” o danza de la bandera, en la que los danzantes adoptaron postura genuflecta frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo mientras, en el centro, un abanderado ondeaba la bandera oficial del País Vasco (“*ikurriña*”) sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de “Argala”. También intervinieron versolaris (improvisadores populares de versos en euskera) y músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos. Erkizia Almandoz subió al escenario, colocó un clavel rojo bajo la fotografía de “Argala” y luego pronunció su discurso, que fue el momento central del acto; en él pidió “una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático” y terminó con los gritos “*¡Gora Euskal Herria askatuta*”, “*Gora Euskal Herria euskalduna*” y “*Gora Argala*” –¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!–, gritos que fueron respondidos por el público. Se destaca que Erquizia Almandoz no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial con “Argala”, cuya única actividad conocida fue su pertenencia, como dirigente, a la ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de “Euskal Herria”.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por sentencia del 3 de mayo de 2011, condenó a Erkizia Almandoz por enaltecimiento del terrorismo, en calidad de autor, delito previsto y penado en los arts. 578 y 579.2 del Código Penal (CP), con la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta, imponiéndole las costas de la instancia, incluidas las de la acusación popular. Contra esta sentencia, Erkizia Almandoz formuló recurso de casación.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante sentencia del 14 de marzo de 2012, no hizo lugar al recurso.

Entonces, el 27 de abril de 2012 Tasio Erkizia Almandoz interpuso demanda de amparo contra dichas resoluciones, al considerar que han vulnerado sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 de la Constitución de España (CE)) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), por lo que solicita su anulación.

2. Sentencia: se desestima el recurso de amparo interpuesto por Tasio Erkizia Almandoz.

El objeto de este recurso de amparo es analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales del demandante de amparo

a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión (art. 20.1 a) CE), al haberlo condenado penalmente como autor del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con motivo de su intervención en un homenaje ciudadano tributado a una persona que había formado parte de la banda terrorista ETA en el trigésimo aniversario de su muerte producida como consecuencia de un atentado terrorista.

La especial trascendencia constitucional de este recurso radica en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de los derechos fundamentales, tenga la oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión hasta ahora no planteada ante esta jurisdicción constitucional como es el eventual conflicto que puede generar la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE).

La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, *vgr.*, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. La jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones.

La reciente STC 177/2015 destacó tres aspectos al exponer sobre los elementos caracterizadores de este derecho: (i) la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión, como garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre –que la convierte en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática–, y ante la necesidad de que dicha libertad goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones para que pueda desenvolverse sin timidez ni temor. En este sentido, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica –aunque esta moleste, inquiete o disguste a quien se dirige–, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Abarca la difusión de ideas u opiniones, sean estas favorables o contrarias, toda vez que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”; (ii) su relatividad, en el sentido de que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto: tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece –por el simple hecho de serlo– protección constitucional. Ante conductas que puedan ser consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional consiste en dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia, incompatibles con el sistema de valores de la democracia; (iii) la proporcionalidad que debe existir en la limitación

penal sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión: tal limitación siempre debe interpretarse de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”.

La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante sentencia.

Ahora bien, por la similitud estructural que presentan los tipos penales examinados y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, que analizó la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. La idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que en dicho precedente se declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación. E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio lo que permitió mantener su constitucionalidad. En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, se afirmó que tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión, incriminándose conductas que, aunque sea de forma indirecta, supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

La exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho a la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo, tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores. La Corte Europea de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la eventual tensión que se podría generar entre la sanción penal de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión; a esos efectos, su jurisprudencia parte de la constatación de que

este derecho no es ilimitado, en primer lugar, en aplicación del apartado segundo del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), conforme a la cual su ejercicio “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Igualmente, también ha sostenido que la libertad de expresión puede sufrir excepciones, en aplicación del art. 17 de la Convención, conforme al cual ninguna de las disposiciones de esta “podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

En lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo, es reiterada la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, bien sea como apoyo moral a la actividad mediante el enaltecimiento de la propia actividad o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad –mediante el enaltecimiento de sus autores–.

En definitiva, considerando la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión –en línea con la preocupación a nivel internacional y regional acerca de la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión–, se debe concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 CP supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio, al propiciar o alentar una situación de riesgo para las personas, los derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que, bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión, debe desarrollarse en este procedimiento de amparo, debe quedar limitada a verificar si las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por Erquizia Almandoz pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio que incitaba a la violencia.

En el presente caso, las resoluciones judiciales han justificado la condena del recurrente como autor del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), al haber considerado probado que participó como principal orador en un acto celebrado

en la ciudad natal en recuerdo y loa de un responsable de la organización ETA, quien había sido asesinado treinta años antes.

La sentencia de instancia argumentó que concurre el delito de enaltecimiento del terrorismo porque: (i) el acto colectivo en que participó el demandante de amparo se desarrolló en loa del homenajeado; (ii) esta loa estaba vinculada a la conducta terrorista del homenajeado, ya que a este no se le conocía ninguna otra actividad que la terrorista, y (iii) tuvo repercusión pública. Por lo que se refiere a la concreta autoría del demandante, se argumentó que: (i) se prestó voluntariamente a participar como protagonista en un acto que era un claro homenaje a un terrorista, y (ii) no se limitó a un discurso político reivindicativo, sino que pidió una reflexión para escoger el camino más idóneo, que más daño le haga al Estado y que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático.

La sentencia de casación confirmó la condena impuesta, argumentando: (i) que el contexto en que se produce la conducta enjuiciada es la existencia de un grupo terrorista que propugna la independencia política del País Vasco mediante el uso de la violencia; (ii) que el acto es de indudable homenaje a un terrorista y no un mero acto familiar; (iii) que lo incompatible con los derechos a las libertades de expresión e ideológica de la conducta de Erkizia Almandoz no es el contenido de las palabras pronunciadas en su discurso, sino el conjunto de actos desarrollados en honor del homenajeado con la participación del acusado como principal invitado; y (iv) que la condena no supone la criminalización de opiniones discrepantes, sino la sanción de un acto dirigido a la promoción pública de “quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático”.

En atención a lo expuesto, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas, al condenar al recurrente como autor del delito de enaltecimiento del terrorismo por su participación en ese homenaje, no han vulnerado su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

Su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia, manifestado a través de un nacionalismo agresivo y con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Además, puede afirmarse que hubo una instigación a la violencia. La Corte Europea de Derechos Humanos (caso *Feret c. Bélgica*) recuerda que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”. Si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso; incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos (fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto

en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social). Por consiguiente, es incuestionable que la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.

Las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del art. 578 CP, han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo. Concluyeron correctamente no solo la aplicación del tipo penal, sino, especialmente, que era una conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], que es el concretamente invocado en este amparo, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente al uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos.

En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por Erkizia Almandoz, toda vez que la sanción penal de su conducta, al ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión.

Nota de Referencia Extranjera: en disidencia, el Magistrado Xiol Ríos considera que debió estimarse la presente demanda por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE]. Coincide con la opinión mayoritaria en lo que se refiere a la doctrina constitucional aplicable al caso, mas entiende que hubiera sido necesario profundizar en el estudio de los elementos que posibilitan la represión penal de conductas de justificación de la violencia terrorista desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión; esa profundización hubiera llevado a concluir que en el presente caso no concurren esos elementos que hacen que la sanción impuesta al demandante resulte necesaria y proporcionada desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. Entiende que la valoración sobre la concurrencia en el presente caso de una conducta que incitaba a la violencia terrorista es desacertada. Y sostiene que la pena impuesta no es necesaria ni proporcionada desde la perspectiva de la libertad de expresión. En conclusión, existe un conjunto de circunstancias en el caso que impide concluir que la conducta del recurrente encierre un potencial lesivo de incitación a la comisión de ilícitos penales de tal relevancia que su castigo con una pena de prisión de un año y una larga condena de inhabilitación por siete años resulte necesario y proporcionado en una sociedad democrática que reconoce la libertad de expresión como un elemento institucional de primera magnitud en su sistema de valores.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia 112/2016 del 20-6-2016, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=21572>>.



DERECHO PENAL. TRÁFICO DE ÓRGANOS. ERROR DE PROHIBICIÓN. CONTENIDO. CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD. VALORACIÓN DESDE LA ESFERA DEL PROFANO. ESTADO DE NECESIDAD. ALCANCE. NORMATIVA REGULADORA DEL SISTEMA NACIONAL DE TRASPLANTES COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: A Patricio se le diagnosticó hipertensión arterial renal, por lo que debió ser hospitalizado y comenzó a realizar un tratamiento de

hemodiálisis. Posteriormente fue derivado al Hospital Universitario de Bellvitge, donde fue atendido por primera vez el 22 de diciembre de 2014. Como no tenía documentación regular en España, se hizo pasar por su hermano Donato –utilizando la tarjeta sanitaria de este, con su consentimiento–, y así realizó varias consultas y exámenes médicos, hasta que se determinó que necesitaba un trasplante de riñón, siendo una de las opciones existentes la donación *inter vivos*.

A partir de ese diagnóstico, Patricio, Donato y Andrés –padre de ambos–, con la colaboración de José Daniel –amigo de la familia–, idearon un plan consistente en localizar un donante compatible con Patricio para que, a cambio de dinero, aceptara presentarse ante las autoridades sanitarias como un amigo de la familia y someterse al trasplante.

José Daniel presentó a la familia del enfermo a José Antonio, marroquí que se hallaba en una situación irregular en España, tenía importantes limitaciones idiomáticas, no tenía allí vínculo familiar alguno, residía en una vivienda ocupada por personas sin techo en una población cercana al domicilio de los nombrados, y subsistía pidiendo limosna o trabajo. Aprovechando su situación de extrema necesidad, los antes nombrados le ofrecieron 6.000 euros a cambio de entregar uno de sus riñones a Patricio.

Andrés mantenía con todos ellos comunicaciones telefónicas permanentes, asumiendo el pago de todos los gastos que surgieran durante la ejecución del plan. Asimismo, encomendó a José Daniel el control de José Antonio, aprovechando su condición de compatriota del futuro donante, y en ese marco, el primero era la persona con la que el Hospital de Bellvitge se contactaba para brindar información y turnos al donante. Asimismo, era quien facilitaba comida a José Antonio, solicitaba adelantos de dinero a cuenta para este, ponía su automóvil a disposición de la familia para efectuar los traslados y asistía personalmente a las citas médicas en compañía de Andrés y Patricio, actuando como traductor para José Antonio.

Entre diciembre de 2014 y abril de 2015, Patricio –usando la identidad de su hermano– y José Antonio se sometieron a numerosos tratamientos y pruebas de compatibilidad. Concluido con éxito el preoperatorio, conforme a la legislación vigente se debía acreditar la relación de amistad entre el receptor y el donante ante el Comité Ético del Hospital de Bellvitge y ante el Juzgado del Registro Civil de L’Hospitalet de Llobregat, que tramitaría el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la donación *inter vivos* de un órgano vital. Con el fin de cumplir con tal requisito, se presentaron ante una escribanía, la Notaría de Miami-Platja, en Tarragona, para hacer una declaración jurada acreditativa de la amistad entre el donante y el receptor, cuyos testigos fueron José Daniel y su pareja. Patricio se presentó con un documento de su hermano Donato, cuya foto había previamente cambiado. Recibida la documentación de los cuatro, la notaría elaboró un documento según el cual José Antonio –siguiendo las órdenes e indicaciones de los demás– manifestaba tener una relación de amistad desde hacía más de diez años con el receptor y expresaba su deseo de donar en vida uno de sus riñones al enfermo, indicando que lo hacía de forma voluntaria, altruista, confidencial, sin ánimo de lucro y con gratuidad, negando percibir ningún tipo de compensación económica de cualquier índole por la donación ni

gratificación alguna por dicho acto. A la hora de firmar, José Antonio se negó a hacerlo, temeroso de las consecuencias que para su salud podría tener someterse a la operación de trasplante, por lo que José Daniel lo trasladó hasta el inmueble abandonado en el que aquel residía. Horas más tarde, Andrés, Donato y otras personas no identificadas fueron en búsqueda de José Antonio y lo llevaron por la fuerza hasta el domicilio de Andrés, en cuyo interior se hallaba José Daniel, con el propósito de doblegar, con violencia, la voluntad de José Antonio. El 27 de abril de 2015, se procedió a la detención de los ahora procesados, sin que pudieran lograr la realización del trasplante.

El Juzgado de Instrucción N° 4 de L'Hospitalet de Llobregat instruyó un procedimiento abreviado contra Patricio (francés, con una orden europea de detención y entrega emitida por los tribunales de justicia alemanes, con antecedentes penales no computables a los efectos de la reincidencia), José Daniel (marroquí, con autorización administrativa para residir en España hasta el 23 de noviembre de 2023 y sin antecedentes penales), Donato (francés, con antecedentes penales no computables a los efectos de la reincidencia) y Andrés (serbio, en situación irregular en España, con decreto de expulsión emitido por la Subdelegación de Gobierno de Tarragona, respecto del que consta dictada la orden europea de detención y entrega 54/2015 de la Fiscalía de Munich, y sin antecedentes penales a los efectos de la reincidencia) por los delitos de tráfico de órganos, coacciones, usurpación de estado civil y lesiones. Por esta causa, todos ellos fueron procesados y estuvieron en situación de prisión preventiva desde el 28 de abril de 2015 hasta el 14 de octubre de 2015.

Concluida la instrucción, el caso fue sometido a conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, que con fecha 13 de octubre de 2016 dictó sentencia condenando a Patricio, José Daniel, Donato y Andrés por los delitos de tráfico de órganos, coacciones, usurpación de estado civil y lesiones, a diversas penas de prisión.

Todos ellos interpusieron un recurso de casación.

2. Sentencia: se desestiman los recursos de casación interpuestos por Patricio, José Daniel, Donato y Andrés contra la sentencia dictada el día 13 de octubre de 2016 en la causa seguida contra ellos mismos por los delitos de tráfico de órganos, coacciones, usurpación de estado civil y lesiones.

Se impone a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

2.1. Mediante la sentencia impugnada se condenó a los recurrentes como autores –de todos o algunos– de los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos humanos, coacciones, lesiones y usurpación del estado civil. Todos recurrieron en casación.

2.2.1. Patricio alegó la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Argumentó que sus teléfonos fueron objeto de interceptación telefónica en la investigación de un delito de trata de personas. En el curso de esa

investigación, amparada por una resolución judicial, se registró una conversación en la que el recurrente se refiere a un pago a realizar y hace referencia a un riñón. Esa conversación motivó que la fuerza instructora solicitara una prórroga al juzgado, esta vez con la expresión del delito que se investiga –tráfico de órganos para trasplantes–, dando lugar al auto que es cuestionado por el recurrente.

El tribunal de instancia explicó la corrección constitucional y legal de la injerencia, al advertir indicios de un nuevo delito relacionado con el que se venía investigando, pero referido a un trasplante de persona viva a cambio de dinero, hecho relevante que dio lugar a una nueva investigación que es la determinante de la nueva injerencia.

Dicho tribunal actuó de acuerdo con la interpretación jurisprudencial sobre los hallazgos casuales. Por lo tanto, el motivo se desestima.

2.2.2. Asimismo, alegó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Sostuvo que la única actividad probatoria son las conversaciones intervenidas judicialmente, respecto de las que hemos declarado su acomodación legal y constitucional.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental en cuya virtud ha de presumirse la inocencia de la persona cuando es acusada en un proceso penal. Este derecho supone que corresponde a la acusación proponer al tribunal una actividad probatoria, de cuya práctica resulte la acreditación del hecho imputado. El tribunal procede a su valoración, debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo. Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realizó con observancia de la legalidad en su obtención y se practicó en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedeció a criterios lógicos y razonables que permitieron su consideración de prueba de cargo.

En el presente caso, el tribunal detalló la prueba practicada, consistente en la documental acreditativa de la situación y enfermedad del recurrente, quien la admitió. Además, tuvo en cuenta el sometimiento al régimen de trasplantes que viene certificado por el médico que atiende al recurrente y es expresivo de las explicaciones dadas y la información completa sobre la Organización Nacional de Trasplantes (ONT). La realidad del contacto con el supuesto donante se encuentra documentada y resulta de dos intervenciones telefónicas que recogieron sendas llamadas: en una, José Daniel se refirió a las necesidades económicas de la persona con la que ha contactado para ofrecer su riñón, y en otra conversación entre José Antonio y Patricio, se mencionó esa necesidad y el pago que debía realizar Andrés. El razonamiento realizado por el tribunal a partir de esa prueba es razonable y lleno de lógica, y no se desvanece por la versión y valoración de la prueba que el recurrente realiza a partir de la prueba que el tribunal recoge como fundamento de su convicción. Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, el motivo se desestima.

2.2.3. Por otra parte, alegó un error de derecho por la indebida aplicación del art. 156 *bis* y del art. 14.3 del Código Penal (CP). Arguyó que el referido tipo penal es de reciente creación, que no tiene desarrollo jurisprudencial, que no es de fácil entendimiento para el recurrente, llegando a sostener que es “obligatoria una previa delimitación que realice la jurisprudencia para valorar el alcance real de la figura delictiva, sentando las bases de lo que es y no es delito”.

Parece sugerir con ello que la entrada en vigor de una norma penal no resulta de la publicación y *vacatio legis* de la norma, sino que requiere, además, un desarrollo jurisprudencial que fije su inteligencia y contenido típico. Lo cierto es que la entrada en vigor de la norma tiene una forma específica señalada en la Constitución y en la ley, y en ningún momento requiere un desarrollo jurisprudencial. El motivo se desestima.

Asimismo, el recurrente alegó la concurrencia de un error de prohibición. Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad. La doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición, que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación), o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido, la STS 457/2003 declara que el error de prohibición consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada o bien por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, o bien sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad penal cuando sea invencible; en los casos de error vencible, se impone la pena inferior en uno o dos grados, conforme al art. 14.3 CP.

Del mismo modo, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que para sancionar un acto delictivo, el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas, sino legos en esta materia; por ello, lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera de lo profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concorra error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por ninguna norma. Ahora bien, si conoce su sanción penal, no existe error jurídicamente relevante aun cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Desde esta perspectiva, en el caso se constata que ni el relato fáctico ni el propio recurrente expresan un hecho que fundamente la existencia de un error. Este

último conocía la existencia de la ONT, el sistema público de trasplantes y había sido puntualmente informado de ello, y decide no seguirlo, sino procurarse un órgano de una persona que por su necesidad económica accedía a la intervención a cambio de dinero. Además, evidencia ese conocimiento de la ilicitud el propio comportamiento del recurrente y su familia en circunstancias que ponen de manifiesto la clandestinidad de la conducta. Tampoco se halla ningún apartado del relato fáctico que propicie una acreditación del error, por lo que el motivo se desestima.

2.2.4. En el cuarto motivo, reprodujo la anterior impugnación desde la consideración del error como vencible. Como se ha dicho anteriormente, no se declara en el relato ningún extremo fáctico que propicie una declaración de error, vencible o invencible. En todo caso, su estadía en el centro de salud y en el hospital le supuso conocer, o poder conocer, todo lo relativo a su trasplante, lo que podía desvanecer el peligro que adujo en el recurso.

2.2.5. Alegó también la inaplicación de la circunstancia de exención incompleta de estado de necesidad con fundamento en su enfermedad, manifestando que no pueden exigírsele comportamientos heroicos ni sacrificios sobrehumanos. Según el recurrente, existía una situación de necesidad derivada de su enfermedad y la necesidad de ponerle remedio.

Si bien su enfermedad es cierta, es el propio ordenamiento y el sistema de salud pública el que brinda remedio a la situación que se presenta frente a una enfermedad y la necesidad de un trasplante; por lo tanto, es inadmisibile una actuación por vía de hecho dirigida a procurarse un órgano a espaldas del ordenamiento y de los principios que lo informan y que dan razón de ser al sistema público de trasplantes diseñado según los principios básicos de actuación de altruismo, gratuidad, solidaridad y objetividad en la asignación de los órganos para el trasplante.

Como lo ha ratificado la jurisprudencia de este Tribunal, la esencia del estado de necesidad, completo o incompleto, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone –dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva– con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. De tal premisa deriva la exigencia, para estimar cualquier atenuación de la responsabilidad penal, de dos valoraciones: a) la de la proporcionalidad –comparando el mal causado y el que pretende evitarse– y b) la de la necesidad –que exige que el mal a evitar sea real, grave e inminente–. De la medida de tales factores dependerá la intensidad de la influencia del estado en la medida de la responsabilidad penal.

En el presente caso, no se advierte una situación de necesidad, pues la enfermedad podía ser remediada y, en todo caso, las alternativas a la situación no hacían procedente la lesión de otro bien jurídico. Por lo tanto, el motivo se desestima.

2.2.6. También cuestionó la inaplicación de los arts. 16 y 52 CP, en relación con el art. 156 *bis* CP, entendiéndolo imperfecta la comisión delictiva del delito de tráfico de órganos.

Este motivo se vincula a la naturaleza del delito: de mera actividad o de resultado. Los primeros no admiten formas imperfectas de comisión, pero sí los segundos, como delitos de resultado en los que concurre una acción que produce una modificación de una situación preexistente, el resultado típico. Para ese análisis, es preciso indagar el bien jurídico objeto de protección –la integridad física del donante o la salud pública en su conjunto– y, concretamente, las condiciones de dignidad que deben rodear un acto de liberalidad, como la donación de un órgano para ser trasplantado, así como también la propia normativa reguladora del sistema nacional de trasplantes, centrado en la ONT, que se estructura desde los principios de altruismo, solidaridad y gratuidad de las cesiones de órganos para su destino a enfermos necesitados de su realización, todo ello igualmente regido por criterios objetivos de adjudicación, propios de un sistema público de salud. Se trata de proteger el sistema público que garantiza las condiciones de salud, el principio de igualdad y la dignidad de las personas.

Es cierto que la teoría del bien jurídico ha caído en desuso en la dogmática penal. La irrupción de corrientes doctrinales y filosóficas basadas en el funcionalismo y en el modelo sistémico en el que se encuadra el régimen represivo penal ha conducido a que ya no se parta del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio delimitador del *ius puniendi*, sino que se trata de conceptualizar al sistema penal como instrumento para asegurar la vigencia de la norma y reprimir aquellas conductas que supongan un incumplimiento grave de la misma, defraudando las expectativas que la sociedad tiene en cada ciudadano que debe acomodar su conducta a las exigencias de la ley.

En el caso, el tipo penal introducido en el año 2010 no trata solamente de proteger la salud o la integridad física de los individuos, sino que va más allá, protegiendo también la dignidad de las personas, evitando que por sus condicionamientos económicos puedan ser cosificadas, tratadas solo como un objeto detentador de órganos que pueden ser objeto de tráfico. También, el sistema nacional de trasplantes (Ley 30/1979, y RRDD 2070/1999 y 1301/2006), que establece un sistema nacional, altruista y solidario para la obtención y distribución de órganos para su trasplante a enfermos que lo necesiten. La Organización requiere de un apoyo normativo para su desarrollo y el cumplimiento de sus fines sobre los que se asienta el sistema. Desde tal perspectiva, la tipicidad se asienta sobre cuatro verbos nucleares: favorecer, promover, facilitar (los mismos que en el delito contra la salud pública por tráfico de drogas) y publicitar actuaciones sobre el trasplante y tráfico de órganos, describiendo con esas conductas actuaciones que suponen la punición de conductas iniciales del trasplante como la desarrollada por los acusados, que habían concertado un trasplante de un órgano de un ser vivo a cambio de un precio aprovechando una situación de necesidad. El ejemplo sobre la admisibilidad excepcional de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas no es predicable para este delito, en el que la acción de favorecer el tráfico o la realización de un trasplante de órganos de manera ilegal se realiza con la conducta descrita en el hecho probado. Consecuentemente, el motivo se desestima.

2.2.7. Asimismo, alegó error de derecho al haberse aplicado indebidamente el art. 156 *bis* CP, sosteniendo el recurrente que siendo el receptor del órgano, debió ver reducida su pena en dos grados en lugar de uno, como se ha dispuesto en la sentencia impugnada.

Como en los anteriores motivos, la impugnación se formaliza por error de derecho y desde ese respeto al relato fáctico debe expresarse la queja por el error en la subsunción. Ningún error cabe declarar cuando el tribunal se ajusta a la previsión de penalidad dispuesta en el tipo penal, la posibilidad de reducir en uno o dos grados la pena señalada al autor que promueve o facilita el tráfico de órganos. La previsión es la de imponer la misma pena que a los terceros, o la de reducirla en uno o dos grados. El tribunal ha decidido reducir la pena en un grado y para ello atendió al grado de implicación en el hecho de este recurrente. El tribunal razona la penalidad impuesta y ningún error cabe declarar.

2.2.8. Finalmente, cuestionó un error de derecho por aplicación indebida del art. 21.5 CP, al calificarse la atenuación y reducirse la pena en uno o dos grados.

Este Tribunal ya ha dicho que la meritada circunstancia de atenuación, por su naturaleza objetiva, prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento. Por su fundamento de política criminal, se configura como una atenuante *ex post facto*, surgida de la pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la comisión del delito.

Su apreciación exige la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. Respecto del primero, se exige que los efectos previstos en el precepto se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio; el segundo consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 CP, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o incluso de la reparación del daño moral, puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que se pretende es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación del daño que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada hacia la víctima, en la que la atención a esta tiene un papel preponderante en la respuesta penal. La protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada; debe ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena.

A su vez, la naturaleza del delito constituye un referente atendible a los fines de la reparación de sus efectos nocivos. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo con el pago de una indemnización económica ordenada en concepto de perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios

económicos, aunque fuera íntegro, solo en parte podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

En el caso, el recurrente no cubre los presupuestos a los que nos hemos referido. Por su configuración en el juicio oral, el hecho no supone una conducta dirigida a facilitar el funcionamiento del servicio público, lo que podrá significar la aplicación de la atenuante de análoga significación.

2.3. Donato y Andrés, por su parte, invocaron tres motivos: (i) la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones –al que se ha dado respuesta en el apartado 2.2.1 de esta reseña; (ii) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia –cuyo contenido es similar al razonado en el punto 2.2.2, si bien los recurrentes lo plantean como subsidiario del anterior por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones–, y (iii) el error de derecho por falta de tipicidad de la conducta desde la perspectiva del bien jurídico –al que se ha dado respuesta en el apartado 2.2.6 de esta reseña para su desestimación–.

2.4. Por último, José Daniel planteó un único motivo de oposición en el que se limita a cuestionar la valoración de la prueba y concreta su queja casacional en que el tribunal afirmó que no es creíble su versión de los hechos.

El alcance del derecho a la presunción de inocencia cuando es invocada en el recurso de casación no puede suponer una revaloración de la prueba, sino comprobar que el tribunal de instancia ha dispuesto de la precisa actividad probatoria, que tiene sentido de cargo, que es lícita y de obtención regular, y que expresa en la motivación de la sentencia la convicción obtenida. En ese sentido, basta con la lectura de la sentencia para comprobar que el tribunal ha dispuesto de una actividad probatoria lícita y regular y con sentido de cargo, y que ha explicitado en la argumentación su convicción –y lo hace con la racionalidad precisa– para conformar un correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala de lo Penal, recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por Patricio, José Daniel, Andrés y Donato contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, del 13 de octubre de 2016, que los condenó por delito de tráfico de órganos, coacciones, usurpación de estado civil y lesiones, sentencia 710/2017 del 27-10-2017, en <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=8198376&links=tr%C3%A1fico%20ilegal%20de%20C3%B3rganos&optimize=20171107&publicinterface=true>>.



DERECHOS POLÍTICOS. DERECHO DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA. ALCANCE. DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD. PLURALISMO PARLAMENTARIO. **AMPARO.** AMPARO PARLAMENTARIO (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: un grupo de diputados integrantes del Grupo Parlamentario Socialista del Parlamento de Cataluña interpuso un recurso contra el

acuerdo de la Mesa de la Asamblea del 3 de noviembre de 2015, por el que se confirmó la admisión a trámite –decidida por la misma Mesa el 27 de octubre de 2015– de la propuesta de resolución sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales, presentada por dos grupos parlamentarios de la Cámara. Así, la impugnación formal del acuerdo confirmatorio del 3 de noviembre de 2015 también afecta el acto confirmado. Sostuvieron que se había vulnerado el derecho fundamental de los demandantes enunciado en el art. 23.2 de la Constitución española (CE), esto es, su derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad –lo que importa el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo–, y, de manera refleja, el derecho de los ciudadanos a quienes representan a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), tanto en razón de que aquel acuerdo dio curso definitivo a una propuesta de resolución abiertamente contraria a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), como porque la denegación de la petición de reconsideración que habían planteado se adoptó infringiendo el Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPC), ya que ni fue oída previamente la Junta de Portavoces ni la denegación misma fue motivada, exigencias, una y otra, que establece el art. 38.3 RPC. El Ministerio Fiscal coincidió con esta postura.

El Parlamento de Cataluña solicitó el rechazo o la desestimación del recurso, al entender que el agravio sustantivo en él planteado desborda los límites de este proceso constitucional, ya que no se está defendiendo un derecho propio de quienes demandan, sino que se promueve la impugnación de un acuerdo parlamentario, solicitando al Tribunal, además, una interpretación genérica del art. 23.2 CE, que tampoco tendría cabida en este cauce. La representación de la Cámara negó las infracciones reglamentarias alegadas en la demanda –tanto en lo relativo a la propuesta de resolución como en cuanto a la petición de reconsideración– y que tales supuestas irregularidades hubieran afectado el núcleo del derecho fundamental en defensa del que se solicitó el amparo.

2. Sentencia: se declara parcialmente admisible el presente recurso de amparo, y en su virtud:

- a) se reconoce el derecho a la participación política (art. 23.2 CE);
- b) se declara la nulidad del acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña del 3 de noviembre de 2015, y
- c) se desestima el recurso en todo lo demás.

2.1. El objeto de este recurso es similar al planteado en los recursos de amparo 6205-2015, por los diputados del Parlamento de Cataluña pertenecientes al Grupo Parlamentario de Ciudadanos, y 6207-2015, por los diputados del Parlamento de Cataluña elegidos en las listas electorales del Partido Popular, que han sido resueltos en los precedentes SSTC 107/2016 y 109/2016, respectivamente.

Este recurso tiene especial trascendencia constitucional, por cuanto plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no existe doctrina del Tribunal Constitucional (esto es, el alcance del derecho de representación política en la Junta de Portavoces cuando aún no se ha constituido

un grupo parlamentario) y versa sobre una cuestión que trasciende el caso concreto, al plantear una cuestión jurídica con consecuencias políticas generales, en su calidad de amparo parlamentario.

2.2. Debe desestimarse la solicitud de declaración de inadmisibilidad del recurso que articula la representación del Parlamento de Cataluña, que plantea la inadecuación de la vía de amparo para la resolución de las cuestiones suscitadas en la demanda alegando que los recurrentes pretenden fundar la impugnación de la legalidad de un acto parlamentario sin establecer vinculación alguna con la defensa del derecho protegido por el art. 23 CE y que persiguen una interpretación genérica del alcance de este precepto desvinculada de una concreta lesión subjetiva del mismo causada al demandante de amparo. Ahora bien, tomando en cuenta que dicha solicitud se funda en que los demandantes no relacionaron su impugnación con una concreta vulneración del art. 23 CE, pero que la demanda pone de manifiesto que aquellos sí alegan de manera directa una lesión de dicho artículo respecto de los actos parlamentarios discutidos, la conclusión no puede ser sino que el derecho fundamental invocado cobra protagonismo y no resulta posible pronunciarse sobre él con carácter liminar.

2.3. Entrando en temas de fondo, la demanda criticó que se haya dado curso a la propuesta de resolución antes de la constitución de las comisiones de la Cámara, ya que conforme al art. 164.2 RPC, la Mesa, oída la Junta de Portavoces, debe acordar si las propuestas de resolución han de tramitarse ante la comisión competente o ante el Pleno. No resulta adecuado despejar aquí este reproche, por cuanto lo que se censura no se vincula con los actos examinados, sino con otro que no ha sido impugnado y que se adoptó con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo: esto es, el acuerdo de la Mesa del 6 de noviembre de 2015 por el que, “oída la Junta de Portavoces”, se remitió al Pleno la propuesta de resolución cuya admisión a trámite se discute aquí.

2.4. En el recurso, se sostuvo que la Mesa no debió admitir a trámite esta propuesta de resolución porque la misma no se atenía a la delimitación de tal figura (art. 164.1 RPC), resultando entonces una crítica del acuerdo impugnado relativa a su presentación formal. Siendo así, este Tribunal no aprecia una afectación del derecho fundamental invocado (art. 23.2 CE).

Tampoco se puede acoger, como pretensión de amparo, que la admisión a trámite de la propuesta de resolución haya violado el derecho fundamental de los actores por haber dado curso la Mesa a una iniciativa manifiestamente contraria a la Constitución. Ello, por cuanto las Mesas de las asambleas, cuyas facultades en orden a la calificación y admisión a trámite de iniciativas parlamentarias son atribuidas sobre todo a los efectos de controlar la regularidad jurídica y la viabilidad formal de las iniciativas presentadas, no deben, con carácter general, desestimar propuestas a causa de la supuesta inconstitucionalidad de su contenido, pues ello infringiría el derecho fundamental de sus actores (art. 23.2 CE). La única salvedad a este principio es que las Mesas pueden excepcionalmente no admitir a trámite aquellas propuestas cuya

contradicción con el Derecho o inconstitucionalidad sean “palmarias y evidentes” (SSTC 124/1995 y 10/2016). En el contenido del derecho enunciado en el art. 23.2 CE, no se encuentra lo que habría que llamar un “derecho fundamental a la constitucionalidad” de las iniciativas parlamentarias, hipotético contenido este que alteraría la configuración del recurso de amparo y la jurisdicción constitucional de este Tribunal. Cabe concluir, entonces, que la cuestionada admisión a trámite de la propuesta de resolución no violó, por la causa que se aduce, el derecho fundamental invocado por los recurrentes.

2.5. Asimismo, los demandantes de amparo han denunciado la vulneración del art. 23.2 CE con ocasión de la tramitación y resolución de la petición de reconsideración formulada por los aquí accionantes, entendiendo que tal denegación no se atuvo a lo establecido en el art. 38.3 RPC (esto es, resolver motivadamente la petición dentro del plazo de cuatro días, oída la Junta de Portavoces).

Cuando un reglamento parlamentario abre vías internas para la revisión técnico-jurídica de las decisiones de los órganos de la propia Cámara, como ocurre con la reconsideración, se exige la observancia de ciertos procedimientos para contar con la garantía del derecho enunciado en el art. 23.2 CE, siempre que los derechos de representación que a través de ellos se sustancien puedan encuadrarse en el núcleo del *ius in officium* de los representantes. Este Tribunal tiene dicho que la vulneración de los derechos de los representantes contenidos en ese derecho fundamental no se verifica con cualquier acto que infrinja el estatus jurídico aplicable, sino que solo poseen relevancia constitucional aquellos derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa. Por consiguiente, solo desde ese prisma y conforme a aquella lógica de conexión con las garantías y facultades del *ius in officium*, será concebible una vulneración del art. 23.2 CE en razón de infracciones del procedimiento.

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el art. 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, reconociendo el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto se vincula, en primer lugar, el derecho a permanecer —en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes— en los cargos o funciones públicos a los que se accedió, no pudiendo ser removido el cargo electo de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos; en segundo lugar, el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes, recordándose que se trata de un derecho de configuración legal que corresponde a los reglamentos parlamentarios, a los que compete fijar y ordenar los derechos y atribuciones propios de los parlamentarios; y, finalmente, la garantía de su perfeccionamiento en condiciones de igualdad y de acuerdo con los requisitos que señalen las leyes.

En síntesis, quedan encuadradas en ese núcleo de la función representativa, en el *ius in officium* de los representantes, aquellas funciones que solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. En ese marco, sin duda, la facultad de constituir un grupo

parlamentario –en la forma y con los requisitos que establezcan los reglamentos de las Cámaras– corresponde a los diputados, tratándose de una facultad que pertenece a aquel núcleo principal de su función representativa parlamentaria (en este sentido, v. STC 64/2002).

Accesoriamente, en tanto que el reglamento parlamentario prevea un órgano de la Cámara en el que se integren los portavoces de los distintos grupos parlamentarios o los representantes pertenecientes a estos, dichos grupos tienen el derecho a la designación de tales portavoces o representantes de acuerdo con las previsiones reglamentarias, y el de que los mismos participen de modo real y efectivo en aquellos órganos. A ello responde el Reglamento del Parlamento de Cataluña, que prescribe que cada grupo nombra a los miembros que han de representarlo, incluyendo preceptivamente a su portavoz, y con arreglo al cual los portavoces así designados constituyen la Junta de Portavoces, presidida por el presidente del Parlamento, sin perjuicio de los demás funcionarios que puedan asistir a sus sesiones.

Con esas bases, es posible verificar que tales procedimientos no fueron respetados, en coincidencia con lo alegado en la demanda: la audiencia previa no puede tenerse por realizada y el derecho aducido resultó vulnerado. En efecto, los portavoces no pueden ser convocados a Junta para el ejercicio de las funciones de este órgano en tanto no estén –todos ellos– nombrados por sus grupos respectivos, proceso de designación que culmina cuando están constituidos todos los grupos parlamentarios. Tal situación no podrá darse por consumada en tanto haya –como así sucedió– diputados (los elegidos en las listas presentadas por el Partido Popular) en número y con plazo para constituir grupo propio aún no integrados en ninguno de los ya formados y de los que, por lo demás, resultaba razonable presumir, dada su pertenencia política y electoral común, que se constituyeran en grupo específico. La convocatoria presidencial del 2 de noviembre a una “Junta de Portavoces” llamada a ejercer una de las funciones de este órgano fue, por ello, una convocatoria irregular. Y la reunión celebrada el día 3 ha de ser entendida, por la misma razón, como la de determinados portavoces de los grupos hasta entonces constituidos, y no como la de la Junta reglamentaria, que ha de integrarlos a todos. Los congregados el 3 de noviembre de 2015 no lo fueron con la condición reglamentaria de Junta de Portavoces, y por ello no podía darse por realizada una audiencia que el Reglamento atribuye al órgano, o a sus miembros, no a unos u otros portavoces. En suma, la Junta no fue oída, ni los grupos pudieron debidamente desplegar la función que se les atribuye, a través de sus portavoces, en el procedimiento.

En suma, en orden a los efectos jurídicos que aquí son relevantes, el art. 38.3 RPC no exige oír a todos los grupos por el momento constituidos, cuando aún se está dentro del plazo para formar otros, sino a los portavoces, reunidos en Junta, de todos los grupos de la Cámara, aunque pudiera suceder, cuestión ajena a lo aquí planteado, que no todos ellos acudieran a una u otra de las reuniones válidamente convocadas. La norma requiere oír, en definitiva, a una Junta de Portavoces y, por lo tanto, en este caso no se pudo tener por celebrada ni por ejercida válidamente, en consecuencia, la función que le atribuye el antes citado art. 38.3 RPC.

2.6. Las anteriores conclusiones no quedan empañadas por lo alegado frente a la demanda por la representación del Parlamento de Cataluña sobre la comunicación de la convocatoria de la Junta de Portavoces a los diputados que aún no se habían constituido en grupo parlamentario, en caso de que quisieran enviar un representante a la reunión. Resulta imposible equiparar la asistencia graciable a la reunión de un órgano con la asistencia, a través de los portavoces, que deriva del derecho propio de los diputados constituidos en grupo parlamentario, pues solo en este caso se participa en la reunión como miembro del órgano colegiado y para el ejercicio de sus funciones propias.

La representación del Parlamento de Cataluña adujo que la reunión anticipada de la Junta de Portavoces era obligada a fin de resolver en tiempo las solicitudes de reconsideración. No obstante, incumplir el Reglamento en un caso a fin de respetarlo en otro no constituye un argumento válido a los presentes efectos. Este Tribunal considera que la Mesa pudo aquí, para armonizar unas exigencias y otras, prorrogar el plazo de resolución de aquellas solicitudes, como consta en las actuaciones que así se solicitó, con reiteración y sin éxito, por algunos miembros de la propia Mesa.

De lo razonado, es dable deducir que la resolución de la Mesa, aquí impugnada, por la que se rechazaron las solicitudes de reconsideración de la admisión a trámite dictada el 27 de octubre de 2015, se adoptó con la omisión del trámite esencial de este procedimiento interno de garantía que es la previa audiencia a la Junta de Portavoces. Es este trámite un elemento central del procedimiento de reconsideración, que posee en este caso, además, una conexión inmediata con aquella facultad del *ius in officium*: la facultad de los representantes de constituir grupos parlamentarios conforme a los plazos reglamentarios, la de designar, sucesivamente, sus portavoces o representantes, y la de perfeccionar su intervención en concurrencia con otros grupos en un órgano colegiado integrado por las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, tras la válida y concurrente constitución del mismo con los restantes grupos que deben conformarlo, según el reglamento, para garantizar el pluralismo inherente al Parlamento. Tal omisión, en consecuencia, deparó la lesión del derecho fundamental de los demandantes, enunciado en el art. 23.2 CE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo 6206-2015 interpuesto en nombre y representación de Miquel Iceta Llorens, Eva María Granados Galiano, Rafael Bruguera Batalla, Carles Castillo Rosique, Assumpta Escarp Gibert, Pol Gibert Horcas, Rosa María Ibarra Ollé, Eva María Martínez Morales, Raúl Moreno Montaña, Marta Moreta Rovira, Esther Niubó Cidoncha, Òscar Ordeig i Molist, Ferran Pedret i Santos, David Pérez Ibáñez, Alicia Romero Llano y Jordi Terrades i Santacreu, todos ellos diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Parlamento de Cataluña, contra el acuerdo de la Mesa de dicha Cámara del 3 de noviembre de 2015, sentencia 108/2016 del 7-6-2016, en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24989>>.



DIVISIÓN DE PODERES. PODER LEGISLATIVO. CONTROL DEL PODER LEGISLATIVO SOBRE EL EJECUTIVO. **DERECHO A LA INFORMACIÓN.** INFORMACIÓN CONFIDENCIAL. **SEGURIDAD NACIONAL.** SERVICIOS DE INTELIGENCIA. USO DE FUENTES ENCUBIERTAS. INFORMANTES CONFIDENCIALES (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el 26 de septiembre de 1980, un dispositivo explosivo detonó en la entrada principal del *Oktoberfest* de Munich. La investigación que de este suceso realizó el Procurador General Federal terminó en 1982 sin lograr determinar el rol que habían jugado Karl-Heinz Hoffmann (fundador del llamado “*Wehrsportgruppe Hoffmann*”) y Heinz Lembke (combatiente de una milicia y miembro del *Whersportgruppe* que se había ahorcado en 1981 mientras estaba en prisión preventiva). En diciembre de 2014, se reabrió la investigación a raíz de la aparición de un testigo hasta entonces desconocido.

Los grupos parlamentarios verde (*Bündnis 90/Die Grünen*) y de la izquierda radical (*Die Linke*) denunciaron que el Gobierno Federal había respondido solo parcialmente a las interpelaciones menores realizadas en términos de la Regla 104 de las Reglas de Procedimiento del Parlamento federal, referidas a las conclusiones a las que habían llegado los servicios de inteligencia en relación con el mencionado suceso y con la posible participación que allí habrían tenido informantes que trabajaban para dichos servicios. La interpelación menor formulada por el grupo parlamentario verde en 2014 incluía en particular preguntas relativas al posible reclutamiento de Heinz Lembke como informante de una agencia de seguridad de la Federación o de un *Land*; la realizada por el grupo parlamentario de izquierda en 2015 contenía particularmente preguntas relativas al volumen y a la organización de los archivos sobre el suceso, así como sobre las fuentes de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (*Bundesamt für Verfassungsschutz*) (en adelante, BfV). También se preguntó si miembros del *Whersportgruppe Hoffmann* –y, en caso afirmativo, cuántos– habían actuado como informantes confidenciales de la BfV o de agencias equivalentes en los *Länder*. El Gobierno Federal se negó a contestar algunas de estas preguntas con base en que la información relevante era confidencial y que el acceso a la misma podría poner en peligro la seguridad nacional de la Federación o de un *Land*.

2. Sentencia: el Gobierno Federal ha violado parcialmente los derechos de los grupos parlamentarios *Bündnis 90/Die Grünen* y *Die Linke*, así como los del Parlamento federal al invocar razones de seguridad nacional y los derechos fundamentales de las personas que actuaron en forma encubierta para negarse a responder exhaustivamente a preguntas relativas a la información obtenida en relación con la bomba colocada en 1980 en el *Oktoberfest*.

El uso de fuentes encubiertas tiene una importancia crucial para los servicios de inteligencia a los efectos de reunir información. Por esa razón, el Gobierno Federal generalmente puede invocar razones de seguridad nacional (bienestar del Estado) o la necesidad de proteger los derechos fundamentales de las personas involucradas para negarse a brindar información relativa a quienes actúan en forma encubierta en los supuestos en que dar acceso a dicha información pueda dar lugar a la exposición de dichos informantes. Sin embargo, el derecho del Parlamento federal a la información

puede prevalecer en casos estrictamente excepcionales en los que –por las particulares circunstancias del caso– sería irrazonable esperar que ello vaya a generar una amenaza a intereses constitucionalmente protegidos o un perjuicio para el funcionamiento de los servicios de inteligencia.

2.1. En virtud de lo dispuesto por los arts. 38.1.2 y 20.2.2 de la Ley Fundamental (GG), el Parlamento federal tiene derecho a formular preguntas y a recibir información del Gobierno Federal. Este derecho también lo tienen, por extensión, los legisladores federales y los grupos parlamentarios en su calidad de asociación de miembros del Parlamento federal y, en general, se corresponde con un deber del Gobierno Federal de responder a dichas preguntas. El control que el Parlamento ejerce sobre el Gobierno y sobre el Poder Ejecutivo pone en práctica el principio de división de poderes, pero el Parlamento no puede ejercer las mencionadas facultades de control si no logra acceder a la información que tiene el Gobierno Federal. Por lo tanto, el interés parlamentario en recibir información resulta de fundamental importancia en la medida en que esté relacionado con la intención de descubrir posibles conductas ilícitas y otras formas similares de conducta inapropiada en la esfera del propio Gobierno o Poder Ejecutivo. Al mismo tiempo, el control parlamentario también constituye una expresión de la responsabilidad que el Gobierno Federal tiene frente al Parlamento, la cual deriva del principio de la democracia. La preservación de la confidencialidad de la información frente al Parlamento limita los mecanismos de control que este tiene y puede, por ello, afectar o perturbar la necesaria legitimación democrática del Gobierno.

2.2. Sin embargo, el derecho a la información que tienen el Parlamento federal, sus miembros y los grupos parlamentarios está sujeto a limitaciones por razones de seguridad de la Federación o de un *Land* y de los derechos fundamentales de terceros.

Revelar información confidencial puede generar riesgos para la seguridad nacional. Sin embargo, en el sistema parlamentario de gobierno establecido en la Ley Fundamental, se ha confiado al Parlamento y al Gobierno Federal, en forma conjunta, la protección de esa área. En sus Reglas de Confidencialidad (*Geheimschutzordnung*), el Parlamento ha previsto detalladamente medidas para proteger secretos oficiales, en ocasión del ejercicio de sus funciones. Este puede considerarse un medio adecuado para encontrar un equilibrio entre el interés del Poder Ejecutivo en mantener la confidencialidad de su información y el del Parlamento en acceder a esa información. Sin embargo, el Gobierno Federal no está obligado a brindar información confidencial al Parlamento si este no le garantiza el grado de reserva que el Gobierno considere necesario.

Por otra parte, el derecho del Parlamento, de sus miembros y de los grupos parlamentarios a formular preguntas, así como el deber del Gobierno Federal de responderlas pueden verse restringidos ante la exigencia de respetar los derechos fundamentales. Los informantes podrían sufrir amenazas a su vida y a su integridad corporal cuando las respuestas al interrogatorio del Parlamento importen el riesgo de que sus identidades queden expuestas. Además, es concebible que el derecho general al

libre desarrollo de la personalidad (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*) quede afectado. El derecho general a ser valorado y respetado como persona (*Achtungsanspruch*) también protege a los difuntos del flagrante deprecio y degradación. En última instancia, la garantía de confidencialidad tiene implicancias en los derechos fundamentales, dado que una violación a esta garantía puede violentar el art. 2.1 en conjunción con el art. 20.3 GG cuando no se toma suficientemente en cuenta la necesaria protección a las legítimas expectativas (*Vertrauensschutz*), fundada en el principio de legalidad.

2.3. Cuando se rehúsa, total o parcialmente, a brindar la información que se le solicita, el Gobierno Federal debe fundar adecuadamente esta decisión a fin de permitir al Congreso evaluar y determinar si acepta esta negativa o adopta otras medidas para hacer cumplir su solicitud. La fundamentación ulterior de la negativa resulta inadmisibile. Si el Gobierno Federal inicialmente se niega a dar información exhaustiva sin brindar razones para ello, los argumentos que posteriormente formule en el *Organstreit* (litigio en el cual se resuelven conflictos entre órganos constitucionales) no bastan para reparar la violación de derechos a que dio lugar la negativa inicial.

2.4. Conforme a estos estándares constitucionales, el Gobierno Federal, en principio, está obligado a contestar las preguntas que le formule el Parlamento en relación con las actividades de los servicios de inteligencia. Sin embargo, dada la importancia que el uso de fuentes encubiertas tiene para estos servicios a los fines de reunir información, el Gobierno Federal, en general, puede invocar riesgos para la seguridad nacional o para los derechos fundamentales de las personas que actúan en forma encubierta para negarse a brindar información relativa a dichas personas, aun cuando el Parlamento tenga un interés importante en recibirla.

La protección de las fuentes encubiertas –incluyendo particularmente a los informantes confidenciales– no solo persigue la protección de dichas personas. Antes bien, si se revelara información que está específicamente relacionada con determinadas fuentes, ello permitiría también conocer el *modus operandi* y el funcionamiento de los servicios de inteligencia. Cumplir con la confidencialidad garantizada es indispensable para trabajar con informantes confidenciales y para reclutarlos, y, por lo tanto, resulta necesario para que los servicios de inteligencia cumplan efectivamente con sus funciones. Sin embargo, el interés en mantener la confidencialidad de la información entra en conflicto con el importante interés del Parlamento en recibir información, dado que el empleo de informantes confidenciales para investigar actividades extremistas así como para prevenir e investigar graves crímenes se vincula con la seguridad del Estado y de su población. Además, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance de los medios con que cuentan los servicios de inteligencia, y en virtud de la resultante intensidad de las injerencias en los derechos fundamentales, así como la naturaleza encubierta de estas actividades de inteligencia y la falta de transparencia en el posterior procesamiento de los datos desde la perspectiva de las personas afectadas, se llega a la conclusión de que el control parlamentario de los servicios de inteligencia persigue la satisfacción de un determinado objetivo en materia de investigación.

Cierto es que las respuestas a los interrogatorios del Parlamento en relación con el uso que los servicios de inteligencia hacen de fuentes encubiertas no afectan en todos los casos el interés en la confidencialidad de la información. En lo que concierne a las preguntas vinculadas a personas que actúan en forma encubierta, sin embargo, el Gobierno Federal, en general, siempre puede invocar intereses contrapuestos en lo que hace a la seguridad nacional y a los derechos fundamentales de las personas comprometidas. En particular, las preguntas que potencialmente se refieren a los informantes aún activos o a sucesos actuales o recientes pueden, como regla general, considerarse que generan un riesgo de exponer la identidad de los informantes. No obstante, es posible concebir que existan supuestos estrictamente excepcionales en los que prevalecerá el interés del Parlamento en la información. A este respecto, resulta importante –pero no el único factor determinante– el tiempo que haya transcurrido desde que ocurrieron los sucesos en cuestión. En consecuencia, la necesidad de preservar la confidencialidad puede quedar significativamente disminuida –o dejar de ser válida– cuando los sucesos hayan ocurrido mucho tiempo antes.

2.5. En cuanto a la cuestión de si Heinz Lembke trabajó como informante y, en caso afirmativo, para qué agencia, el grupo parlamentario *Bündnis 90/Die Grünen* puede invocar un interés particularmente importante en acceder a esa información, solicitada para determinar, a los fines de un futuro marco legislativo que regule el uso de informantes confidenciales, si actuales o antiguos informantes han participado en la comisión de actos terroristas de derecha. Las razones esgrimidas por el Gobierno Federal no justifican su negativa a responder este interrogante. Heinz Lembke ya no puede actuar como informante en operaciones actuales o futuras, y tampoco se ha demostrado que se podría poner en riesgo operaciones o investigaciones actuales o futuras de los servicios de inteligencia. Por otra parte, el Gobierno Federal tampoco brindó razones plausibles que justificaran su presunción de que, en el caso bajo análisis, se vería afectado el funcionamiento general de los servicios de inteligencia. Especialmente teniendo en cuenta el hecho de que Heinz Lembke falleció en 1981, el Gobierno Federal no expuso ninguna razón que justificara su negativa a dar una respuesta para proteger derechos fundamentales.

2.6. En forma similar, el Gobierno Federal solo cumplió parcialmente con su obligación de dar respuestas en la interpelación menor del grupo parlamentario *Die Linke*. No se ha acreditado en forma razonable cómo se podría deducir información sobre la identidad de informantes específicos o sobre el actual *modus operandi* de los servicios de inteligencia solo con base en información cuantitativa –desglosada por año y por agencia– sobre la cantidad de incidentes en los cuales se recibió información de estas fuentes. Dado que la información solicitada no tiene una vinculación suficientemente específica con las personas que actúan en forma encubierta, no hay motivo para asumir que quedarían en riesgo los derechos constitucionalmente protegidos de potenciales informantes o de terceros.

No resulta comprensible el argumento del Gobierno Federal de que la respuesta a preguntas que involucran a informantes entre los miembros del

“*Wehrsportgruppe Hoffmann*” permitiría que se conocieran el actual *modus operandi* y la organización de los servicios de inteligencia, particularmente considerando el tiempo que ha transcurrido desde entonces. En forma similar, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de este caso, la probabilidad de que informantes específicos vayan a quedar expuestos es tan insignificante que no puede justificar una restricción al derecho del Parlamento a recibir información. Dado que el “*Wehrsportgruppe Hoffman*” tenía aproximadamente 400 miembros al momento de su disolución en 1980, no sería posible deducir información específica sobre alguno de ellos.

Sin embargo, se llega a una conclusión diferente en relación con las preguntas relativas al Servicio Federal de Inteligencia (*Bundesnachrichtendienst – BND*). Bastaría con que el Gobierno Federal confirmara la simple existencia de potenciales informantes empleados por el BND en el “*Wehrsportgruppe Hoffman*” para que estos quedaran expuestos a un riesgo grave. En particular, parecería que los informantes que puedan haber trabajado para el BND probablemente hayan pertenecido a la organización que lo sucedió, el “*Wehrsportgruppe Ausland*”, el cual, conforme a las conclusiones a que llegaron las agencias para la protección de la Constitución, tenía solo quince miembros. Dado este reducido número de integrantes, al responder afirmativamente a las preguntas pertinentes, se elevaría en forma significativa el riesgo de exponer a los informantes. En consecuencia, el Gobierno Federal tenía derecho a negarse a contestarlas y no estaba obligado, en términos de las Reglas de Confidencialidad del Parlamento Federal, a brindar la información solicitada.

En lo que respecta a la pregunta sobre el número total de informantes del “*Wehrsportgruppe*” que trabajan para la Oficina Federal para la Protección de la Constitución o para los organismos equivalentes de los *Länder*, es difícilmente concebible que, más de treinta años después y solo con base en este número, pueda deducirse información sobre el funcionamiento actual de estas agencias o sobre la identidad de determinadas personas. Sin embargo, la necesidad de mantener la confidencialidad de la información surge cuando se pregunta cuántos informantes han trabajado para qué agencia de los *Länder*. Esta información permitiría limitar los lugares de residencia que por ese entonces tenían los potenciales informantes o las filiales locales específicas del “*Wehrsportgruppe*” a las que ellos pertenecían; esto aumentaría en forma significativa su riesgo de exposición. En consecuencia, no puede negarse que se afectaría negativamente la seguridad nacional y, específicamente, el funcionamiento efectivo del servicio de inteligencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvE 1/15, sentencia del 13-6-2017, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-060.html;jsessionid=B7B223C9B3DD06A51326ADE7DC-C131B0.1_cid383>.



FAMILIA. FILIACIÓN. NOMBRE. IMPOSICIÓN DEL APELLIDO PATERNO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: el esposo de V.V. presentó una demanda de divorcio. Con anterioridad, había firmado un contrato de fecundación *in vitro*, pero abandonó el domicilio conyugal y a su mujer embarazada. Se desinteresó totalmente de ella durante la gestación –incluso quería interrumpir el embarazo– y no estuvo presente en el parto. Actualmente, no cumple con sus obligaciones alimentarias para con su hijo y, en su momento, tampoco participó en la financiación del tratamiento de fecundación a pesar del compromiso contraído. El niño nació en junio de 2014 y lleva solamente el apellido de su padre –conforme a la nueva ley del 8 de mayo de 2014– porque este se negó a que llevara los dos apellidos.

Por dichos motivos, V.V. solicitó la nulidad de dicha ley modificatoria del Código Civil con el fin de establecer la igualdad entre el hombre y la mujer con relación a la determinación del apellido de un hijo.

Por su parte, el Instituto para la Igualdad de Mujeres y Hombres interpuso un recurso de nulidad del art. 2 de dicha ley, en cuanto modifica el art. 335, inc. 1, párr. 2 del Código Civil en la siguiente disposición: “En caso de desacuerdo o ante la ausencia de una elección, el niño llevará el apellido del padre”. Para justificar su interés en la causa, invocó las atribuciones que le confiere la ley del 16 de diciembre de 2002, por la cual fue creado.

La Corte Constitucional de Bélgica acumuló ambas causas.

2. Sentencia: el art. 335, inc. 1, párr. 2, tercera frase del Código Civil, que fuera reemplazado por el art. 2 de la ley del 8 de mayo de 2014 tendiente a establecer la igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto a la transmisión del apellido al hijo biológico y al adoptado, viola los arts. 10, 11 y 11 *bis*, inc. 1 de la Constitución. Por tal motivo, se declara la nulidad del artículo mencionado. No obstante, se mantienen los efectos de dicha disposición hasta el 31 de diciembre de 2016. De esta manera, se evita generar inseguridad jurídica, principalmente ante la necesidad de dar un apellido a un hijo desde su nacimiento, y se permite al legislador elaborar una nueva reglamentación.

En cuanto a la norma impugnada, el art. 2, inc. 1, párr. 2 dispone que el padre o la madre eligen el apellido de su hijo cuando inscriben su nacimiento y, en caso de no llegar a un acuerdo o ante la falta de elección, el niño lleva el apellido del padre.

Las recurrentes invocan dos agravios. En el primero de ellos, sostienen que la ley es discriminatoria y contraria a los arts. 10, 11 y 22 de la Constitución, a los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al art. 5 del Protocolo n° 7 de dicha Convención, a los arts. 7, 20, 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y al art. 16 de la Convención del 18 de diciembre de 1979 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Alegan que la ley impugnada otorga al padre un derecho absoluto y arbitrario a oponerse a que el niño tenga doble apellido, y esto contradice el objetivo y la finalidad perseguidos por el legislador. Estiman que la norma es discriminatoria en términos de género.

En el segundo agravio, denuncian que la ley no prevé ningún recurso para la madre ante la negativa del padre de aceptar los dos apellidos y que es contraria a los arts. 10 y 11 de la Constitución, interpretados o no en conjunción con el derecho a la libre circulación y con los derechos relativos a la ciudadanía europea tal como se encuentran garantizados por el art. 3, inc. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), por el art. 4, inc. 2 a) y por los arts. 20, 21 y 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); a los arts. 6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos; a los arts. 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y al art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa.

El Consejo de Ministros, por su parte, sostiene que no hay diferencia de trato entre los padres porque la ley prevé que ambos, de común acuerdo, elijan el apellido y, solo en caso de desacuerdo, determina que el hijo llevará el apellido del padre. Cualquiera de los padres puede decidir que el hijo lleve su apellido. Asimismo, considera que el nuevo art. 335, inc. 1, párr. 2 del Código Civil está objetivamente justificado. Con relación a la falta de libertad de circulación a la que hacen referencia las recurrentes, considera que no se condice con la norma impugnada.

Ahora bien, conforme con los antecedentes legislativos de la ley impugnada, la intención del legislador fue establecer la igualdad entre el hombre y la mujer en la transmisión del apellido al hijo, fundada en la evolución del derecho de familia tanto a nivel nacional como internacional.

Uno de los objetivos principales de la reforma fue asegurar a la mujer la posibilidad de transmitir su apellido a su hijo. A fin de lograrlo, el legislador facultó a los padres a poner a sus hijos los dos apellidos, sin un orden determinado, o darles el apellido de alguno de los padres. Optó por la autonomía de la voluntad de los padres.

La elección del apellido otorga a los padres iguales derechos, que es el objetivo fundamental de esta reforma. Sin embargo, el ejercicio de este derecho se transforma en un conflicto en el caso de no llegar a un acuerdo.

El Consejo de Estado manifestó, en los antecedentes legislativos, que la ley no logra plenamente el objetivo de igualdad que persigue el legislador y propuso reproducir, con relación al interés superior del niño, las legislaciones de Francia y Luxemburgo, que optaron por los dos apellidos en orden alfabético –Francia– y por un sorteo realizado por el funcionario del Registro Civil –Luxemburgo–. Sin embargo, no se aceptaron estas propuestas.

La Ministra de Justicia aprobó el proyecto de ley y, a pesar de que ella estaba a favor del doble apellido, respetó la tradición de algunas personas y el deseo de mantener el apellido del padre por tradición.

Esta Corte limita el análisis al art. 2 de la ley del 8 de mayo de 2014, en reemplazo del art. 335 del Código Civil en cuanto dispone en su inc. 1, párr. 2, tercera frase que, en caso de desacuerdo o por falta de elección, el hijo llevará el apellido del padre.

En virtud del art. 87, inc. 2 de la ley especial del 6 de enero de 1989, cualquier persona que justifique un interés puede plantear su caso ante esta Corte. Muchas madres de niños menores que solicitaron su intervención en la causa justificaron su interés.

En sus declaraciones, la recurrente remarca que el art. 12 de la ley impugnada conlleva una desigualdad entre los padres en tanto exige una declaración conjunta, y este artículo está indefectiblemente vinculado con el art. 335, inc.1, párr. 2, última frase del Código Civil.

Pero esta Corte limita su análisis a las disposiciones cuya nulidad se solicitó, y una parte interviniente no puede modificar o extender la materia original objeto del recurso. Sin embargo, cuando se anula una disposición impugnada, las normas directamente vinculadas a ella también se derogan.

La nulidad alcanza al art. 11 de dicha ley, ya que dispone su aplicación a los hijos nacidos o adoptados luego de su entrada en vigencia, pero cuando la filiación se estableció el día en que entró en vigencia la ley, los artículos del Código Civil vinculados a ella se modifican.

No se hace extensiva la nulidad al art. 12 de la ley impugnada porque no se vincula directamente al art. 335, inc. 1, párr. 2, tercera frase del Código Civil, ya que prevé un cambio de apellido de los hijos menores nacidos antes de la entrada en vigencia de la ley.

Con relación a la violación del principio de igualdad y no discriminación que alegan las recurrentes, consideramos que si bien el derecho a dar su apellido no es un derecho fundamental, los padres tienen un interés claro y personal en esta materia. Antes de la reforma de la ley impugnada, esta Corte estableció en la sentencia n°161/2002 del 6 de noviembre de 2002 que dicha norma no era contraria a los arts. 10 y 11 de la Constitución.

Se desprende de la reforma y de los antecedentes legislativos que el legislador quiso establecer la igualdad entre el hombre y la mujer en materia de transmisión del apellido.

De hecho, en la causa *Cusan et Fazzo c. Italie*, la Corte Europea de Derechos Humanos hizo hincapié, en cuanto a la elección del apellido, en la evolución de la igualdad de sexos y en la eliminación de cualquier forma de discriminación fundada en el sexo.

El nuevo art. 335 del Código Civil permite fijar el apellido de manera más simple en cuanto a la declaración y le da estabilidad. Además, el legislador consideró que los padres son los más capacitados para conocer el interés del niño.

Debemos determinar si el art. 335, inc. 1, párr. 2, tercera frase es compatible con los arts. 10 y 11 de la Constitución en cuanto dispone que, en caso de desacuerdo entre los padres, el niño llevará el apellido del padre.

Así como el legislador privilegia la autonomía de la voluntad de los padres para la elección del apellido, también debe determinar cómo hacerlo en caso de desacuerdo o cuando no hay una elección. Se justifica que sea el legislador quien elija qué apellido llevará el hijo para no dejarlo librado al poder discrecional del juez. Es importante que desde su nacimiento se elija el apellido de un niño de manera simple, rápida y uniforme. El art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que desde el momento de su nacimiento, el niño tiene derecho a un apellido y debe inscribirse inmediatamente.

La norma impugnada trata de manera diferente a las madres y a los padres en situaciones similares desde el momento en que el hijo lleva el apellido del padre

cuando los padres no lleguen a un acuerdo. Esta diferencia está fundada en el sexo y solamente en circunstancias excepcionales se puede justificar una diferencia de trato basada en el sexo.

De acuerdo con los antecedentes legislativos, el legislador justificó la elección del apellido del padre por la tradición y para que la reforma sea progresiva, pero estas no pueden considerarse circunstancias excepcionales para justificar una diferencia entre las madres y los padres, cuando el objetivo de la ley es lograr la igualdad entre el hombre y la mujer. Asimismo, la norma impugnada da derecho de veto al padre cuando la madre quiere dar a un hijo su apellido o doble apellido, y el padre no está de acuerdo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n° 2/2016 del 14-1-2016, en <http://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/arret_double_nom.pdf>.



FAMILIA. MENORES. ADOPCIÓN. EXCLUSIÓN DE PAREJAS QUE HAN REGISTRADO UNA UNIÓN DE HECHO. DERECHO A LA IGUALDAD. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. DIGNIDAD HUMANA. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (REPÚBLICA CHECA).

1. Antecedentes del caso: el Código Civil de la República Checa permite a los matrimonios e incluso –previsto como excepción– a las personas solteras adoptar menores. Sin embargo, la ley que rige las uniones de hecho niega expresamente este derecho a las personas que viven en una unión de hecho registrada.

El Tribunal Municipal de Praga, interviniente en un recurso promovido por Petr Laně, quien había solicitado ser incluido en el registro de postulantes para adopción, petición que fue desestimada en instancia administrativa con base en la legislación vigente, solicitó al Tribunal Constitucional de la República Checa que declarara la nulidad del art. 13(2) de la ley que regía las uniones de hecho fundado en que violaba el art. 1 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa (en adelante, Carta) y el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, Convención), que prohíben expresamente la discriminación en cualquiera de sus formas. Conforme a las disposiciones generales en materia de adopción, si el postulante no viviera en una unión de hecho, podría convertirse en padre adoptante reuniendo determinados requisitos; sin embargo, si vive en una unión de hecho, la prohibición de adopción se aplica automáticamente en razón de esta circunstancia, sin valoración alguna sobre si el postulante es capaz de ofrecer un ambiente adecuado para la crianza adecuada de un menor, lo que importa una diferencia de trato injustificable.

2. Sentencia: se declara admisible la acción de nulidad y se deja sin efecto la ley impugnada.

La disposición en cuestión viola el derecho a la dignidad de la persona humana, puesto que excluye a un grupo específico de personas –las que han celebrado una

unión de hecho registrada— del goce de un derecho y convierte a estas *de facto* en “ciudadanos de segunda clase”. Asimismo, al excluir a este grupo de personas de la posibilidad de adoptar menores sin ningún motivo justificable, importa una violación de su derecho al respeto a su vida privada.

2.1. La legislación vigente favorece la adopción por parte de un matrimonio (o por uno de los cónyuges) debido al hecho de que es en el interés fundamental del menor el que se le brinde la posibilidad de vivir en una familia “completa”, entendida esta desde un punto de vista estándar. Asimismo, la preferencia hacia este tipo particular de convivencia resulta absolutamente conforme a la Constitución, en la medida en que se corresponde con la esencia del instituto del matrimonio como la forma de convivencia más estrecha entre dos personas de distinto sexo, que tiene lugar sobre la base de su propio consentimiento libre y que trae aparejados no solo determinados derechos, sino también obligaciones. Como resultado, el matrimonio se diferencia claramente de otras formas de convivencia y, por lo tanto, el instituto mismo del matrimonio proporciona *a priori* el prerequisite más importante a los fines de cumplir con el propósito de la adopción. La posibilidad de adoptar por parte de “otra” persona, esto es, aparentemente, por parte de una persona que vive sola, representa una excepción a esta regla, en la que deben ofrecerse garantías inequívocas de que el adoptante es capaz de brindar al menor las condiciones adecuadas para su desarrollo y satisfacer sus necesidades.

2.2. Este Tribunal parte del hecho de que no existe un derecho fundamental a la adopción, ni a nivel constitucional ni a nivel convencional. Simultáneamente, se le reconoce al legislador un considerable margen de discrecionalidad a la hora de regular relaciones entre individuos del mismo sexo. En realidad, no existe ni siquiera un derecho fundamental a celebrar una unión de hecho entre personas del mismo sexo, y constituye una cuestión de política legislativa si y de qué manera este tipo de relación ha de ser regulada. De hecho, solo se garantiza una protección especial a la paternidad y a la familia (art. 32, párr. 1 de la Carta).

2.3. Este Tribunal no pretende intentar formular una definición concisa y de aplicación general de la noción de “familia”. En realidad, ello es fundamentalmente labor de otras disciplinas sociales (*v. gr.* sociología). Desde un punto de vista jurídico, resulta crucial crear un ambiente en el cual la familia goce de un nivel de protección adecuado y que garantice todas las condiciones necesarias para que pueda cumplir las funciones básicas que tiene asignadas. Por lo tanto, resulta suficiente establecer que la noción de “familia” es entendida por este Tribunal Constitucional primariamente no como una clase de construcción social artificial, sino esencialmente o bien como una construcción biológica, fundada en el vínculo de sangre de personas que conviven, o bien posiblemente como una relación no familiar que se comporta como una relación biológica (adopción o guarda).

2.4. No puede ignorarse que en la actualidad se registran algunos cambios fundamentales en las formas de convivencia y que, a diferencia de un concepto más tradicional de familia, que comúnmente prevé múltiples generaciones que conviven

bajo un mismo techo, se registra un número cada vez más elevado de personas que viven solas, la cantidad de parejas no casadas se está aproximando a la cantidad de parejas unidas en matrimonio, y el divorcio es considerado como un fenómeno casi natural. Este Tribunal Constitucional no puede “hacer la vista gorda” frente a estos cambios que se suceden y se halla lejos de determinar de cualquier forma bajo qué tipo de unión las personas deberían convivir. Ahora bien, por otro lado, este Tribunal hace hincapié en el hecho de que no ha encontrado ningún motivo razonable por el que deba contribuir activamente de cualquier manera a la desaparición del concepto tradicional de familia y su función en la sociedad.

2.5. En el caso *sub examine*, el legislador, en el Código Civil, ha previsto la adopción por parte de un individuo que no vive en una unión matrimonial, sin ni siquiera prever ningún tipo de restricción en lo atinente a si se trata de una persona heterosexual u homosexual. Ahora bien, por otro lado, el art. 13(2) de la ley que rige las uniones de hecho prohíbe a este individuo postulante para adopción vivir en una unión de hecho. En consecuencia, ello conduce a un escenario en el que la disposición legal impugnada inequívocamente coloca el estatus legal formal (la unión de hecho registrada) por encima de una situación de hecho sin ninguna justificación razonable.

2.6. Sin embargo, más allá de los argumentos a favor de la existencia de una violación al derecho a la igualdad de trato en términos del art. 14 de la Convención (y las disposiciones correspondientes contenidas en la Carta), este Tribunal Constitucional halla el primordial déficit constitucional de la disposición legal impugnada en su inconsistencia con el art. 1 y con el art. 10, párr. 1 de la Carta, los cuales proclaman que “todas las personas son libres e iguales en su dignidad y derechos” y “toda persona tiene derecho a exigir el respeto a su dignidad humana, a su honor personal y a su buena reputación, y a que su nombre sea protegido”. Es la dignidad de la persona humana lo que este Tribunal considera la base de toda la regulación de los derechos y libertades fundamentales.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado la dignidad de la persona humana como el núcleo del ordenamiento jurídico, definiéndola como parte de la “humanidad” del individuo. Por ello, se comete una violación a la dignidad humana “cuando el poder estatal coloca a un individuo particular en el rol de un objeto, situación en la que se convierte en un simple medio y es reducido a algo que toma la forma de una cantidad intercambiable” (sentencia n° I. ÚS 557/09). Por esta razón, la Carta reconoce la cualidad específica que caracteriza al hombre como entidad y prohíbe toda conducta que pudiera llevar a un individuo a cuestionarse sobre su pertenencia a la familia humana. La igualdad de las personas en dignidad y derechos constituye la base del reconocimiento del valor de todo ser humano, independientemente de sus demás características y de la utilidad que pudiera prestar o el beneficio que pudiera importar al conjunto.

2.7. Es bajo el prisma de la dignidad de la persona humana considerada como un valor objetivo fundamental de la humanidad y como el núcleo de otros

derechos fundamentales que la disposición legal impugnada no puede sostenerse. Si su fundamento reside en el hecho de que un determinado grupo de personas ha de ser excluido del disfrute de cierto derecho (aunque ello surja no del ordenamiento constitucional, sino de una ley infraconstitucional) únicamente en razón de haber decidido celebrar una unión de hecho, entonces la ley los convierte *de facto* en individuos “de segunda clase” y en cierta manera los estigmatiza sin fundamento alguno, lo que evoca la idea de una condición de inferioridad y probablemente también la idea de una incapacidad para hacerse cargo adecuadamente de un menor en comparación con otras personas.

Sin embargo, el legislador infiere esta consecuencia no sobre la base de que estas personas se vieran involucradas en un tipo de conducta reproachable, no ética o incluso ilícita, sino simplemente del hecho de que han celebrado una unión de hecho, lo que importa un comportamiento permitido y previsto legalmente, y llevado a cabo de una manera absolutamente transparente y predecible a la vez que asumiendo todos los deberes y obligaciones resultantes de esa unión.

2.8. Simultáneamente, este Tribunal ha hallado una violación a la dignidad de la persona humana (entendida como derecho fundamental, estándar de interpretación y valor objetivo) también en conjunción con las disposiciones del art. 10, párrafos 1 y 2 de la Carta, en términos de los cuales toda persona tiene derecho a exigir el respeto a su dignidad y el derecho a ser protegido de cualquier intromisión no autorizada en su vida privada, y de manera similar con el art. 8, párr. 1 de la Convención, que garantiza el derecho al respeto a la vida privada. Sin embargo, la disposición legal impugnada no infringió el derecho al respeto a la vida familiar, también contemplado por los artículos anteriormente citados, dado que no existe un derecho fundamental a adoptar un niño. Por ende, una resolución denegatoria en un caso de adopción tampoco puede considerarse que infringe el derecho al respeto a la vida familiar.

2.9. Lo que sí resulta indiscutible es que las personas que viven en una unión de hecho tienen un derecho incuestionable a la intimidad, entendido tanto en su sentido interno como externo. Por parte del Estado, no obstante, los deberes de protección y de respeto que le incumben no pueden verse cumplidos cabalmente si estas personas continúan siendo estigmatizadas debido al hecho de que la ley excluye completamente la posibilidad de que cualquiera de ellas pueda postularse como padre adoptante. Por lo tanto, se concluye que la disposición legal impugnada, al excluir a un grupo de personas (que han celebrado una unión de hecho) de la posibilidad de adoptar menores sin ningún motivo justificable, constituye una injerencia indebida en la dignidad de la persona humana y una violación de su derecho al respeto a su vida privada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA CHECA, sentencia n° Pl. ÚS 7/15 del 14-6-2016, en <<https://www.usoud.cz/en/decisions/20160614-pl-us-715-civil-partnership-as-preclusion-to-individual-adoption-of-a-child/>>. Ver también reseña del fallo por KOPA, Martin; TOMOSZEK, Maxim y ČERVÍNEK, Zdeněk, en ALBERT, Richard, LANDAU, David, FARAGUNA, Pietro y DRUGDA, Simon (eds.), *2016 Global Review of Constitutional Law*

[en línea]. New York - Boston: I-CONnect - Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2017, p. 59. Disponible en: <<http://www.bc.edu/content/dam/files/centers/clough/constitutional-law/ReviewofConLaw-final.pdf>>. ISBN: 978-0-692-92516-4.



HÁBEAS DATA. ACCESO A LA INFORMACIÓN. INFORMACIÓN PÚBLICA. ALCANCE. **DERECHO ADMINISTRATIVO. SOCIEDADES.** SOCIEDADES ANÓNIMAS CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA. **SERVICIOS PÚBLICOS.** INTERÉS PÚBLICO. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. ALCANCE. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: David Alfredo Deza Carrillo, en su condición de coordinador regional de la Asociación Regional de Usuarios Consumidores de Energía Eléctrica Saneamiento y otros de la Región Puno (ARUCESP), interpuso una demanda de hábeas data contra Electro Puno S.A.A. a fin de que se le entregue cierta documentación, que entiende es de carácter público. Explicó que reiteradamente la había solicitado, pero que aquella había hecho caso omiso de su pedido, por lo cual alegó una vulneración del derecho de acceso a la información pública.

Electro Puno S.A.A. solicitó que la demanda sea declarada improcedente o infundada. Alegó que Deza Carrillo tenía la intención de ofrecer a los medios de comunicación esta información que considera confidencial con la finalidad de vulnerar la intimidad de los funcionarios de la empresa demandada y exponer aquella al desprestigio; y que si bien los servicios que presta la empresa son de naturaleza pública, la información solicitada no lo es.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Puno declaró parcialmente fundada la demanda respecto a la entrega de las copias de las resoluciones, oficios e informes; e improcedente en relación con el resto de la documentación solicitada. Ello, porque en la demanda no se había determinado clara y concretamente cuáles instrumentos o información se solicitaban.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno confirmó la resolución apelada por el mismo fundamento, tras considerar que en el recurso interpuesto tampoco se puntualizaba qué documentación se había requerido.

Entonces, Deza Carrillo interpuso un recurso de agravio constitucional.

2. Sentencia: se declara parcialmente fundada la demanda respecto al extremo que fue declarado improcedente en las sentencias expedidas en el presente proceso de hábeas data y que es materia del recurso de agravio constitucional.

Se ordena a la empresa Electro Puno S.A.A. entregar las copias de los documentos requeridos conforme a lo dispuesto en esta sentencia, con el costo que signifique el otorgamiento de dichas copias, el cual estará a cargo de la parte demandante.

2.1. En la medida en que la demanda ha sido estimada de manera parcial, este Tribunal debe pronunciarse solo sobre las solicitudes que han sido declaradas improcedentes –referidas al otorgamiento de copias de contratos y liquidaciones,

así como también a la relación de personas en los términos solicitados—. Dicha información comprende: gastos en pasajes y viáticos efectuados por el expresidente, otros miembros del Directorio y un ingeniero; documentación relativa a la contratación, delegación de facultades y pagos a un abogado; copias de pedidos de acceso a la información efectuados por Apaza Huaraya; documentación vinculada a la administración directa de obras; gastos realizados por funcionarios y trabajadores por uso de telefonía celular, viáticos, pasajes, alojamiento, movilidad; informes de conformidad de trabajos realizados; resoluciones favorables al pago de adicionales de obras; comprobantes de gastos efectuados por funcionarios en concepto de viáticos, viajes, sueldos y horas extras, etc., puntos 1 y 2, 8 a 13 y 15 a 52 de los antecedentes de la demanda, cuyo objeto fue declarado improcedente en las sentencias expedidas en el presente proceso de hábeas data y que fue materia del recurso de agravio constitucional. También se descarta de plano uno de los pedidos, en virtud de su falta de concreción (punto 34).

2.2. El derecho fundamental de acceso a la información pública se encuentra reconocido en el art. 2, inc. 5 de la Constitución de 1993 (CP) y es enunciado como la facultad de “(...) solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”. También está reconocido en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha sido especialmente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes vs. Chile*.

El legislador ha desarrollado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública muchos de los alcances de este derecho y ha dispuesto una serie de consideraciones para identificar qué entidades se encuentran obligadas a suministrar información y en razón de qué lo están; dicha ley contiene normas que delimitan el ámbito de aplicación de la disposición constitucional, identificando así las situaciones concretas en las que se puede ejercer el derecho de acceso a la información. En el Perú, se ha acogido una perspectiva amplia, optándose por obligar no solo a entidades del Gobierno, sino también a los poderes del Estado, organismos, proyectos, programas y, en general, toda entidad de la Administración Pública; e incluso, se ha previsto que las personas jurídicas sujetas al régimen privado pero que gestionen servicios públicos o ejerzan función administrativa también se encuentran obligadas a informar bajo ciertos parámetros previstos en la ley.

Además, se destaca el rol del principio de publicidad, que genera diversos efectos, entre los cuales se encuentra la máxima divulgación de la información, lo que implica que toda información que se encuentre en posesión del Estado, en principio, se presume pública. Por lo tanto, la regla general es que todas aquellas entidades comprendidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) se encuentran obligadas a entregar la información que posean, salvo excepción expresamente contemplada. En esa línea, son casos típicos aquellos en los que se requiere información a una entidad de la administración pública, casos en los que opera directamente el principio de publicidad.

2.3. Las empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información previsto en la ley; sin embargo, al referirse solo al procedimiento, se han planteado diversas interpretaciones sobre qué información están obligadas a entregar. Al respecto, este Tribunal ha señalado que “lo relevante no es determinar si es una empresa de derecho público o privado pues (...) las empresas del Estado se encuentran obligadas a suministrar la información pública con la que cuenten”; pero aquello puede admitir matices en el análisis de fondo, dependiendo de las actividades que desarrolle la empresa. En virtud del art. 9 de la Ley de Acceso a la Información Pública, este Tribunal, en diversos pronunciamientos, ha optado por considerar que las empresas del Estado, al igual que las empresas privadas que realizan algún servicio público o función administrativa, solo deben responder pedidos de acceso a la información pública referidos a tres asuntos: a) características de los servicios públicos que realiza; b) tarifas; y c) funciones administrativas que ejerce.

Tal criterio dejaba de lado la presunción del principio de publicidad que opera para todas las entidades públicas, colocando así fuera del ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública a aquella información que pudiera tener un contenido de interés público por el simple hecho de provenir precisamente de una empresa del Estado; por eso, aunque respetuoso de la actividad empresarial del Estado, en la práctica generaba un espacio en el cual las empresas del Estado no podían ser fácilmente fiscalizadas por los ciudadanos que tienen interés en su funcionamiento.

En un sentido contrario a dicha jurisprudencia, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) ha reconocido la aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública en todos sus aspectos a las empresas bajo su competencia. Se ha detallado una política de máxima divulgación, la información que debe exhibirse en los portales de transparencia, información que en muchos casos supera los supuestos descriptos por dicha ley.

Por ello, este Tribunal considera que es posible adoptar una interpretación más tuitiva del derecho de acceso a la información pública en el proceso de hábeas data si se parte de distinguir claramente qué entidades vinculadas a la actividad empresarial del Estado pueden estar obligadas. De esa manera, se debe llegar a un estándar razonable que potencie el derecho en cuestión, sin que ello suponga desproteger los bienes o intereses legítimos de las empresas del Estado. El estándar propuesto partirá de la Constitución pero, al estar inserto en un ordenamiento jurídico en el que ya ha existido interpretación constitucional del legislador, el Tribunal se servirá de los sentidos normativos que se ha acogido en la ley y que mantienen presunción de constitucionalidad, al no haber sido cuestionados.

La actividad empresarial del Estado en el régimen de Economía Social de Mercado es subsidiaria; así también lo prevé el Decreto Legislativo 1031, que recoge lo dispuesto en el art. 60 CP y señala que la actividad empresarial del Estado se desarrolla solamente si es autorizada por ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, lo cual puede darse en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o impida el acceso de la inversión privada.

Ahora bien, no toda actividad empresarial del Estado tiene las mismas características, así como no toda actividad con implicancia económica en la que participa el Estado se hace bajo la forma societaria de una empresa del Estado. En ese sentido, el art. 4 del Decreto Legislativo 1031 ha identificado tres formas en las que se desarrolla la actividad empresarial del Estado: a) empresas del Estado de accionariado único (el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas); b) empresas del Estado con accionariado privado (empresas en las que el Estado es accionista mayoritario y ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, en las que también existen accionistas minoritarios no vinculados al Estado), y c) empresas del Estado con potestades públicas (empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones, organizadas bajo la forma que disponga su ley de creación). El legislador también ha señalado que no considera actividad empresarial del Estado al accionariado estatal minoritario en empresas privadas.

A los efectos de la eficacia del derecho de acceso a la información pública frente a las distintas empresas del Estado, resulta necesario identificar las razones que justifiquen que sea posible un requerimiento de información ante las mismas: la primera es la referida a la conformación del accionariado de las empresas del Estado —la existencia de un accionariado estatal supone ineludiblemente un acto de disposición de recursos públicos; el interés público en el destino de esa actividad es inobjetable—. Las acciones en titularidad del Estado serán elementos que permitan identificar un interés público en la empresa, interés que debe estar abierto al control de los ciudadanos en un Estado democrático; la segunda es la existencia de control de la empresa por parte del Estado, mediante el cual se concretiza la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado que manda la Constitución. En consecuencia, es la presencia de estos dos elementos (accionariado estatal y control por parte del Estado) lo que será necesario para acreditar que existe interés público en estos casos. Así podrá aplicarse el principio de publicidad, tal como ha sido previsto en la norma correspondiente, con la presunción de que la información en posesión de estas empresas es, en principio, también pública.

En consecuencia, las empresas del Estado responden a razones (accionariado estatal y control de la empresa) que revisten la información que poseen de un interés público, el cual a su vez legitima un tratamiento similar al de las entidades públicas para efectos de la aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, y una mejor tutela del derecho de acceso a la información pública. Dicho acceso cuenta con algunos límites, en virtud de las particularidades que conlleva la forma empresarial: *vgr.*, la información confidencial de las empresas del Estado comprende también el secreto comercial, así como toda aquella información cuya divulgación pueda ocasionar un perjuicio a la empresa.

2.4. Conforme se aprecia del portal institucional del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), Electro Puno S.A.A. es una empresa estatal de derecho privado; cuenta con accionariado privado que solo alcanza al 0,39% del total de acciones, y el restante es estatal. Su función

está relacionada con la prestación del servicio público de electricidad en su zona de concesión que comprende la Región Puno.

Este Tribunal considera que al ser la demandada una empresa del Estado y prestar un servicio público –consistente en el alumbrado domiciliario y de las calles, avenidas, zonas públicas, entre otros servicios conexos–, se encuentra sujeta a la presunción de publicidad respecto de la información que se solicita. En consecuencia, existe una obligación de otorgar a la demandante copias de los documentos solicitados, salvo en los casos que este Tribunal precise lo contrario sobre la base de las excepciones previstas en la propia Ley y aquellas que se desprenden de la naturaleza empresarial de Electro Puno S.A.A.

Así, debe declararse fundada la demanda respecto de los pedidos relativos a actas o resoluciones de la empresa que no recogen asuntos sensibles para el desarrollo de sus actividades.

Asimismo, también deben declararse fundados los pedidos que se encuentran directamente relacionados con el servicio público brindado.

Por el contrario, con respecto al pedido que se refiere al servicio de distribución de electricidad, debe tenerse presente que, en mérito al nivel de detalle requerido, implica dar a conocer datos que constituyen información privada de los clientes. Por el contrario, un informe general del consumo de los mayores clientes en determinada zona, en caso de que haya sido generado por la demandada, si podría entregarse.

Por otra parte, deben estimarse los pedidos que impliquen entregar copias de contratos referidos al quehacer de la empresa sin que ello afecte el desempeño de la misma ni se incurra en alguna de las excepciones previstas en la ley. En cambio, deben declararse improcedentes los pedidos que se hayan efectuado de modo impreciso.

Deben entregarse los pedidos referidos a información sobre erogaciones como pasajes, viáticos y consumos, siempre que se encuentren referidos a gastos que haya realizado la empresa; también, aquellos referidos a sueldos, horas extras y demás erogaciones, siempre que no contengan información vinculada a la esfera privada de los trabajadores.

Asimismo, por aplicación del principio de publicidad, también deben ser estimados aquellos pedidos que se encuentran en poder de la empresa emplazada, aun cuando no revistan un interés público directamente reconocible.

Respecto de los pedidos referidos a la formación profesional y experiencia laboral del ingeniero Freddy Cervantes Rodríguez, supervisor de obras, este Tribunal estima que dicha información podrá brindarse en tanto haya sido relevante para la contratación del mencionado profesional. De no ser así, los documentos más bien se encuentran protegidos por la esfera privada del trabajador.

Los pedidos referidos a arbitrajes que al momento de interponer la demanda estaban en curso no podrán ser entregados, en tanto su divulgación podría afectar la estrategia legal de la empresa. Ahora bien, en caso de que dichos arbitrajes hayan concluido, la información será susceptible de ser entregada siempre que no importe un perjuicio para la empresa (pedido que debe acogerse).

Por todo lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se violó el derecho a la información pública reconocido en el art. 2, inc. 5 CP respecto al

extremo que fue desestimado por la judicatura ordinaria y que es materia del recurso de agravio constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, exp. 03994-2012-PHD-TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por David Alfredo Deza Carrillo, sentencia del 10-12-2015, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03994-2012-HD.pdf>>.



INTERSEXUALES. AUSENCIA DE PREVISIÓN LEGAL DEL GÉNERO “INTER”. EFECTOS REGISTRALES. **DERECHO A LA IDENTIDAD.** DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. **DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE GÉNERO (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 padecía del Síndrome de Turner y que su cadena cromosómica contaba con un cromosoma “X” menos, carecía de uno en el segundo gonosoma y, por lo tanto, no era de sexo femenino ni masculino. Esta variación cromosómica da lugar a que si bien el individuo tiene características sexuales, lo cierto es que estas están menos desarrolladas.

El Registro rechazó la solicitud fundándose en que solo están previstas las categorías “masculino” y “femenino” y que cuando es imposible la inscripción bajo una de estas categorías, la persona no debe registrarse hasta tanto se tenga certeza de su género (arts. 21.1.3 y 22.3 de la Ley sobre el Estado Civil de las Personas (PStG)).

El peticionante recurrió entonces ante el tribunal de distrito, el cual también rechazó su solicitud. Los recursos contra esta resolución ante el Tribunal Superior estadual y luego ante el Tribunal Supremo Federal tampoco prosperaron.

El accionante interpuso entonces un recurso constitucional alegando la violación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 en conjunción con el art. 1.1 de la Ley Fundamental, *Grundgesetz*, GG), haber sufrido discriminación en razón del género (art. 3.3.1 GG) y la violación a su derecho a la igualdad ante la ley.

El Ministerio Federal de Educación e Investigación y el Ministerio Federal de Salud solicitaron al Comité de Ética alemán un informe sobre la intersexualidad, del que surge que las variaciones del desarrollo de género pueden tener origen genético, anatómico, hormonal o genital, que la intersexualidad no es sinónimo de enfermedad o malformación, y que se presenta en 1 de cada 500 personas, lo que significa que actualmente hay aproximadamente 160.000 personas intersexuales en Alemania. Una decena de opiniones calificadas, como las de asociaciones de médicos y de psicólogos, coincidieron con las conclusiones de dicho informe.

2. Sentencia: las disposiciones de la PStG contradicen las disposiciones de la Ley Fundamental, al no prever el art. 22.3 PStG la inscripción de las personas bajo una tercera opción de género.

2.1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 en conjunción con el art. 1.1 GG) también incluye el derecho a la identidad de género. La identidad de género de aquellas personas a las que no se les puede asignar el sexo “masculino” o “femenino” está protegida por este derecho.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza que todas las personas tienen autonomía para determinar y desarrollar su propia personalidad. La identidad de género es “un elemento constitutivo de la personalidad del individuo” y “la asignación del género [...] normalmente juega un rol crucial tanto en la percepción que la persona tiene de sí misma como en la forma en que otros la perciben”. Esta asignación tiene también un rol importante en la vida cotidiana, independientemente de las disposiciones legales a su respecto: por ejemplo, determina cómo uno debe dirigirse a las personas o qué debe esperarse de ellas en términos de su apariencia, educación o comportamiento.

Dado que la PStG solo prevé la opción de registrarse bajo el sexo femenino o masculino y dispone que no se puede asentar esta información cuando el género no pueda ser determinado, una persona intersexual tiene que aceptar un registro que no se compadece con su identidad de género. La opción entre no optar por la opción “sexo femenino” y optar por no registrar ningún género también viola los derechos constitucionales del recurrente, ya que este no se identifica en forma permanente como hombre ni como mujer ni como alguien carente de género, sino como una persona cuyo género está fuera de la alternativa masculino/femenino. El estado civil no es una cuestión marginal; antes bien, determina “la posición que una persona tiene dentro del ordenamiento jurídico” y define los aspectos centrales de su identidad en términos jurídicamente relevantes. Denegar a las personas el reconocimiento de su identidad de género amenaza, *per se*, su derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad.

Esta violación a los derechos fundamentales no está justificada. La Constitución no exige que el estado civil se determine exclusivamente bajo un patrón binario en términos de género; tampoco requiere que el género juegue un rol en relación con el estado civil ni impide que se prevea la opción de un tercer género, además del femenino y masculino. La circunstancia de que la Ley Fundamental se refiera a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y de que esta misma Corte, en decisiones anteriores, haya resuelto que el régimen jurídico y la vida social se basan en el principio rector de que una persona es de género masculino o femenino, no significa que en la Constitución las opciones de género sean binarias, sino que ello solo refleja la interpretación social y jurídica en relación con el género al tiempo en que se adoptó la Constitución y en que esta Corte se expidió en esta materia. La posibilidad de registrar un tercer género no obliga a nadie a atribuírselo a sí mismo.

Esto puede generar un pequeño aumento de la carga burocrática y económica para el Registro durante el período de transición, pero ello no justifica denegar a alguien el derecho a inscribirse bajo un tercer género que se compadezca con su

propia identidad de género. Sin embargo, cabe destacar que este derecho no significa que una persona pueda registrar características aleatorias vinculadas con la identidad de género como información relativa al estado civil. Autorizar una inscripción bajo un tercer género, además del masculino y femenino, plantea los mismos interrogantes que deben responderse en términos del derecho vigente cuando una persona no se inscribe con ningún género.

2.2. Las disposiciones aquí impugnadas de la PStG también violan la prohibición de discriminación con base en el género. Cabe reiterar que el género no puede constituir fundamento para acordar un tratamiento jurídico desigual. En este caso, las personas intersexuales que no se identifican con el género femenino o masculino son tratadas en forma desigual porque, a diferencia de los hombres y mujeres, no tienen la posibilidad de inscribirse bajo un género que se compadezca con su propia identidad de género. El objetivo perseguido por la cláusula constitucional de la igualdad ante la ley (art. 3.3 GG) es “proteger a los miembros de los grupos que son propensos a ser objeto de discriminación”. Las personas que no se identifican con el género masculino ni femenino son particularmente vulnerables en una sociedad principalmente basada en patrones de género binarios. De ello surge que la redacción del art. 3.3 GG permite incluirlas en el marco de protección que otorga.

Por lo expuesto, se llega a la conclusión de que las disposiciones cuestionadas son incompatibles con la Ley Fundamental. El legislador puede suprimir completamente la exigencia de inscribir el género en el momento del nacimiento o permitir que las personas intersexuales tengan la opción de registrarse bajo un tercer género. Sin embargo, no está limitado a utilizar las voces “inter” o “diverso” sugeridas por el recurrente.

El Poder Legislativo debe realizar esta reforma antes del 31 de diciembre de 2018, y las autoridades públicas, en adelante, no pueden aplicar las que actualmente están en vigencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 2019/16, sentencia del 10-10-2017, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html;jsessionid=350A45CF8E0643E53C-8C2A2CF1349654.2_cid394>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ALCANCE. ESTÁNDAR DEMOCRÁTICO. ESTÁNDAR DE LAS DOS DIMENSIONES. DIMENSIÓN INDIVIDUAL. DIMENSIÓN SOCIAL. **DERECHO A LA INFORMACIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. MEDIOS DE COMUNICACIÓN.** INJERENCIA ESTATAL. INTERÉS PÚBLICO. **DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHO DE PROPIEDAD.** DERECHOS ADQUIRIDOS SOBRE LA TRANSMISIÓN DE EVENTOS. **LIBERTAD DE EMPRESA. SEGURIDAD JURÍDICA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (URUGUAY).**

1. Antecedentes del caso: Directv de Uruguay Ltda. (en adelante, Directv) promovió la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 32, 33, 39, inc. 3, 40,

55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115, 116, 117, 139, 142 y 176 a 186 de la Ley 19.307 (“Ley de servicios de comunicación audiovisual”) contra el Poder Legislativo, al considerar que aquellos vulneraban los arts. 7, 8, 10, 28, 29, 32, 36, 77.7 y 85.17 de la Constitución. Los derechos que consagran estos artículos se encuentran, a su vez, contenidos en los pactos internacionales en materia de derechos humanos, que también integran la Carta en función de lo dispuesto por el art. 72 de la Constitución.

Explicó que a partir de la vigencia de dicha ley, ha cambiado el escenario en el que la empresa decidió invertir, ya que le impone nuevos límites que le impiden crecer y prestar nuevos servicios, así como también le genera costos y gastos que afectan directamente su derecho de propiedad y su libertad de comercio. También limita su libertad de expresión, con disposiciones que se dirigen exclusivamente a ella, generando distinciones irracionales y sin fundamento. Al cambiar las reglas de juego, se afectaron sus derechos fundamentales en aras de un interés general que no es tal, pues se trata de un instrumento “del gobierno de turno”, creado para diagramar el tipo de televisión que, a su juicio, le conviene a la población, estableciendo cuáles son los contenidos que deben emitirse. Además, prevé que el aparato estatal controle el cumplimiento de la ley, imponiendo sanciones para los casos de incumplimiento. Sostuvieron que la citada ley discrimina a la empresa, ya que contiene varios artículos dirigidos a perjudicarla; también ignora las particularidades de la televisión satelital, que, a diferencia de la televisión por cable o la tecnología MMDS, no requiere infraestructura física (*vgr.*, cableado), lo que le permite llegar a todo el país, inclusive a las zonas rurales a donde no llegan otras modalidades de televisión para abonados. Por otra parte, sostuvo que esta ley ha sido dictada para favorecer a Antel, permitiéndole actuar en el sector audiovisual sin ningún tipo de regulación y creando, en los hechos, un monopolio sin contar con las mayorías especiales previstas en el art. 85.17 de la Constitución. Impone a las empresas de televisión para abonados un subsidio ilegítimo en favor de la producción audiovisual nacional, cuando si el Estado quiere estimularla, es él quien debe hacerse cargo. Así, no existen razones de interés general que habiliten el cercenamiento de los derechos fundamentales de Directv y la sola invocación de dicho interés no justifica, por sí sola, la limitación del derecho de libertad de expresión y de comunicación.

Respecto de los artículos impugnados, sostuvo que:

(i) El art. 55 es una norma que afecta exclusivamente a Directv, única empresa con licencia y operativa para prestar servicios de televisión para abonados en todo el territorio nacional. Por lo tanto, vulnera el principio de igualdad y de generalidad de las leyes. Además de afectar a la empresa, afecta también a los consumidores, lo que debilita la hipótesis de justificación basada en el interés general. Asimismo, limita en forma ilegítima la libertad de expresión y de comunicación, consagrada en el art. 29 de la Constitución, al restringir el público al que la empresa puede acceder.

También restringe la libertad de empresa y de comercio (art. 36 de la Carta), ya que, una vez alcanzados los topes previstos por la norma, Directv no podrá continuar prestando sus servicios: vulnera el derecho a la seguridad jurídica al afectar los derechos adquiridos de Directv, pues una empresa no invierte en publicidad y en mejorar sus servicios para mantenerse tal como está, sino que lo hace para crecer, lo que no le es permitido cuando se le limita la clientela.

Violenta el derecho de propiedad (arts. 7 y 32 de la Carta). El límite arbitrario que se fijó respecto de la clientela también la obliga a renunciar a parte de los abonados que ya cuentan con sus servicios. Dicha clientela es un activo intangible de gran valor para la empresa, que no es debidamente compensado por el Estado y que le es privado sin que se hubiese dictado una ley por razones de utilidad pública, conforme al art. 32 de la Constitución.

Finalmente, vulnera el principio de igualdad al diferenciar, en forma irracional y arbitraria, a Directv del resto de sus competidoras colocándola en una posición de desventaja.

(ii) El art. 56, inc. 1 establece incompatibilidades para la prestación de servicios de comunicación audiovisual y servicios de telecomunicaciones de telefonía de transmisión de datos, con el único fin de favorecer a Antel. De este modo, vulnera los principios en materia de telecomunicaciones contenidos en el art. 72 de la ley 17.296, y la libertad de expresión y de comunicación. También infringe los arts. 7 y 36 de la Constitución. Explicó Directv que le cuesta creer que no se les permita a los consumidores contratar con una única empresa tanto los servicios de telecomunicaciones como los de comunicación audiovisual en forma conjunta. Violenta, además, el principio de igualdad, al asegurarle a Antel que no surjan nuevos competidores en los sectores de telecomunicaciones en los que no alcanza su monopolio legal (telefonía fija), vulnerando el art. 85.17 de la Carta, al crear un monopolio “por la negativa”, previendo que solo una empresa, Antel, pueda brindar servicios audiovisuales y de telecomunicaciones.

El art. 56, inc. 2 es una norma accesorio al inciso 1.

El art. 56, inc. 3, referido exclusivamente a Directv, le prohíbe prestar servicios de telecomunicaciones, así como “casi cualquier otro tipo de servicios de comunicación audiovisual (fuera de Internet)”; con ello, impone limitaciones que no existían al momento en que la empresa inició actividades en el país, vulnerando la seguridad jurídica y la libertad de la empresa. Explica que lo único que la distingue de las demás empresas de televisión para abonados es que tiene alcance nacional; pero compite en cada mercado local y en ningún caso posee un monopolio o un privilegio. Por ende, la distinción que hace la norma carece de respaldo constitucional y vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la Carta.

(iii) El art. 115 vuelve a tratar a la actora en forma desigual al establecer la necesidad de que no existan ofertas discriminatorias dentro de un mismo ámbito territorial; de acuerdo con ello, los canales 4, 10 y 12 podrían no ofrecerle incorporar sus señales a Directv. La empresa no es un operador con licencia para operar en Montevideo y, por lo tanto, según el art. 117, inc. 2, no tiene derecho a incorporar los canales 4, 10 y 12 en forma gratuita. Además, el art. 117, en sus incs. 3 y siguientes, obliga a Directv a incorporar tres señales adicionales de televisión a través de un procedimiento de concurso, lo cual supone una intromisión indebida del Estado. También restringe su derecho de propiedad, pues deberá subir estas señales al satélite e, incluso, de ser necesario, bajar señales actuales.

(iv) El art. 39, inc. 3 habilita al Estado a incluir, en forma discrecional, otros “eventos adicionales” en la modalidad de “licencia obligatoria”, limitando, así, el derecho exclusivo de Directv, permitiendo que el evento sea también transmitido por

televisión abierta. A su vez, el art. 40 no le garantiza una remuneración acorde, pues si ninguna empresa quisiera adquirir los derechos por los eventos en cuestión, será el Estado el que se hará cargo de transmitirlos, sin que deba abonarle monto alguno por tal concepto. Estas normas vulneran los arts. 7, 32 y 36 de la Constitución. Los derechos exclusivos adquiridos y que adquiriera a futuro Directv están amenazados por esa facultad irrestricta y vaga concedida al Poder Ejecutivo, lo que supone una expropiación sin previa y justa compensación.

(v) Los arts. 60 y 116 vulneran los arts. 7, 8, 29 y 36 de la Constitución, así como el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica. El art. 116 exige la inclusión de, al menos, una señal de producción propia en su paquete básico. Con ello, soslaya el funcionamiento de los servicios satelitales y sus verdaderas posibilidades de disposición, vulnerando la seguridad jurídica y la libertad de empresa al imponer una condición que no existía al momento en que Directv decidió invertir en el Uruguay. Indica que tampoco comprende por qué Directv tiene que contar con una señal de producción propia y los demás prestadores no, lo que, claramente, violenta el derecho de igualdad, consagrado en el art. 8 de la Constitución. El art. 60, por su parte, es una de las ofensas más evidentes de la ley 19.307 a la Carta y constituye un claro ejemplo de violación de la libertad de expresión al establecer una serie de regulaciones con el fin de promover la producción audiovisual nacional, finalidad que en un Estado de Derecho no puede procurarse por la vía de la coacción, sino por la del estímulo.

(vi) Los arts. 32, 33, 139 y 142 vulneran la libertad de expresión y de comunicación, así como la libertad empresarial. Las limitaciones impuestas por los arts. 32, 33 y 139 son innecesarias, pues el legislador debió optar por otras alternativas menos lesivas de los derechos de las empresas. El legislador parece olvidar que, según la propia Constitución, es la familia la encargada de velar por los intereses de los menores. Además, las limitaciones son desproporcionadas: el horario de protección al menor resulta excesivo, como también lo es lo dispuesto en materia publicitaria y en cuanto a los programas de juegos de azar o que fomenten el esoterismo. Varias de estas limitaciones constituyen prohibiciones en blanco que vulneran el principio de reserva legal. El art. 142 también es inconstitucional, porque obliga a Directv a incluir publicidad electoral, en contravención con el interés de la propia empresa de no intervenir en materia política en nuestro país. La norma viola los arts. 7, 29, 36 y 77.7 de la Constitución.

(vii) Los arts. 66, 68, 97, 98 y 176 a 186 regulan el “aparato estatal” encargado de controlar el cumplimiento de la ley, y contienen las infracciones y las sanciones previstas para los casos de incumplimiento. Si bien Directv aún no ha sido sancionada, dichos artículos le generan un perjuicio actual, dada la especial particularidad del tema en materia de comunicación audiovisual. El operador es conminado a actuar considerando esa “espada de Damocles” que pesa sobre su espalda, impidiéndole ejercer su derecho de comunicación. Estas normas vulneran los arts. 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución, así como el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El régimen de control montado por el Estado es exorbitante y queda, principalmente, en manos del Poder Ejecutivo. Por su vaguedad e imprecisión, las infracciones y sanciones vulneran el principio de reserva legal (art. 10 de la Carta). La

ley 19.307 legitima actos arbitrarios del Estado. El art. 98 establece, como principio, que si durante una inspección surgen inconvenientes para su normal desarrollo, se suspenderán en forma inmediata las emisiones, y el art. 97 les impone a las empresas de comunicación un deber ilimitado de colaboración con las autoridades durante las inspecciones. La combinación de ambas normas es nefasta para la libertad de expresión y de comunicación, pero también para la libertad de empresa y la seguridad jurídica, así como para el derecho a la privacidad (art. 28 de la Carta).

2. Sentencia: por unanimidad, se declaran inconstitucionales e inaplicables a la accionante los arts. 39, inc. 3, 55, 60, lit. C, y 98, inc. 2 de la ley 19.307.

2.1. Precisiones preliminares

Antes de ingresar al análisis particular de los artículos impugnados, se impone realizar algunas precisiones tanto respecto al mecanismo de contralor de la constitucionalidad de las leyes confiado por la Constitución a la Suprema Corte de Justicia como a ciertas características de la ley impugnada, de acuerdo con las distintas posiciones que los integrantes de este Tribunal tienen sobre el punto.

Características del mecanismo de contralor de la inconstitucionalidad de las leyes

Para los Sres. Ministros de esta Corte, Dres. Felipe Hounie Sánchez, Jorge Larrieux Rodríguez y Elena Martínez Rosso, cabe reafirmar que el juzgamiento de la cuestión constitucional se hace partiendo de dos premisas que tienen plena vigencia: a) la presunción de constitucionalidad de la ley –la constitucionalidad de la ley es el principio y la ilegitimidad es la excepción, y, como tal, manifiesta, limitada y de interpretación estricta–, y b) el contralor del acierto o desacierto de una ley corresponde al cuerpo electoral y es ajeno al control de constitucionalidad de la Corte, pues no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan solo si la ley se ajusta o no a la Constitución; además, si una norma legal, dentro de los límites constitucionales, dispone una solución equivocada o desacertada respecto al punto que regula, será una mala ley, pero no por ello inconstitucional. Es en función de estas premisas que entendemos que la accionante pretende que la Suprema Corte de Justicia incurriere en la definición de aspectos de la organización social que resultan competencia exclusiva del Poder Legislativo.

2.2. Los derechos en pugna y la ley 19.307

La presente acción de inconstitucionalidad plantea, en lo medular, un conflicto entre el derecho de libertad de expresión en su dimensión colectiva y otros derechos fundamentales: el mismo derecho de libertad de expresión en su dimensión individual, el derecho de libertad de empresa y el derecho de propiedad (arts. 29 y 72 de la Constitución, art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Opinión Consultiva 5/85, destacó que la interpretación del art. 13 de la Convención debe asentarse en dos pilares básicos: el “estándar democrático” y el “estándar de las dos dimensiones”.

A través del “estándar democrático”, la CIDH propone que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente se torna así fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. En palabras de la Corte Interamericana: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública (...). Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre”.

El “estándar de las dos dimensiones” postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse solo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo. En tal sentido, el texto de la OC-5/85 establece que el art. 13 señala que la libertad de pensamiento o expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)”. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el art. 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión: por un lado, esta requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Esta distinción doctrinaria resulta de utilidad para situar las grandes líneas conceptuales que enmarcan este caso ya que, en principio, la accionante soslaya la incidencia que el estándar democrático y la dimensión colectiva de la libertad de expresión tienen a la hora de resolver la regularidad constitucional de las disposiciones impugnadas.

La ley 19.307 es una herramienta legislativa por la cual el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, ha buscado promover la libertad de expresión y de comunicación en su dimensión colectiva. Y a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual, donde la actividad normativa del Estado debe ser mínima, la dimensión colectiva requiere una protección activa por parte del Estado.

Tales consideraciones apuntan a señalar, revalidando los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina al juzgar una causa muy similar a la de autos, que el control de regularidad constitucional “(...) debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio (...) [de la accionante] por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza (...), el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad” (Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, sentencia del 29 de octubre de 2013, párrafo 24).

Naturalmente, estas consideraciones no obstan a que relevemos aquellas soluciones puntuales de la ley 19.307 que, en nuestra opinión, son inconstitucionales por implicar una restricción del goce de derechos fundamentales sin cumplir con los requisitos constitucionales habilitantes para ello.

Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Jorge Chediak González señala la trascendencia social que reviste la ley 19.307, al ser una ley regulatoria en materia de comunicación; por ello, se debe ser cuidadoso al momento de analizar la regularidad constitucional de las disposiciones impugnadas. Uno de los derechos que puede estar en juego es el de la libertad de expresión, el cual se presenta como un régimen especial en función de la importancia que reviste para la sociedad, pero fundamentalmente para una sociedad que vive en un sistema democrático. Sin libertad de los medios de comunicación, sin que sea posible buscar, recibir y difundir información para que todas las personas estén en situación de formarse su propio criterio, no puede existir la pluralidad de ideas y consecuentemente el derecho irrestricto de cada uno a pensar como lo considere mejor. La libertad de expresión es uno de los derechos esenciales para fortalecer la democracia, reconocida como un poderoso instrumento para resguardar y ejercitar esa forma de gobierno. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho que tiene “[t]oda persona (...) a la libertad de expresión (...)”, (art. 19); lo mismo hace el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el que, en una de sus disposiciones, señala que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión” (art. 10). Disposiciones similares se encuentran en la normativa interamericana, estatuida con la finalidad específica de “(...) consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo) y la que muy claramente reconoce que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento y de expresión” (art. 13.1). Así las cosas, considera que si bien algunos derechos pueden ser limitados por el legislador, debe analizarse, en cada caso, si la norma efectivamente tutela el interés general, para lo cual deben aplicarse las reglas de razonabilidad. Por último, indica que el interés general es variable; no se trata de un concepto rígido e inalterable, sino que varía con el paso de los años. Ahora bien, la ley impugnada, en algunos aspectos, ingresa en los contenidos que emiten los medios de comunicación, lo que no parece estar de acuerdo con el interés general de esta época, en la que, precisamente, este se condice con la mayor libertad de expresión posible y en la que los ciudadanos, a través de las nuevas tecnologías, acceden a los contenidos de su interés sin estar cautivos de la programación que otrora les imponían las viejas tecnologías. En suma, a su juicio, debemos ser sumamente cuidadosos a efectos de impedir que se vulnere el caro principio de libertad de expresión establecido en el art. 29 de la Constitución. Es por eso que considera que, en caso de duda y si no surge claramente cuál es el interés general protegido, la situación debe resolverse en favor de la libertad de expresión.

2.3. Legitimación de Directv

Para analizar la legitimación de la accionante, es preciso delinear las especiales características de su actividad comercial en el contexto de la ley 19.307, cuyo art. 1

precisa que su objeto consiste en establecer la regulación de la prestación de servicios de radio, televisión y otros servicios de comunicación audiovisual, entendiendo por tales aquellos que proporcionan una oferta estable y permanente de señales de radio o televisión. Además, el art. 3 define el servicio de comunicación audiovisual para abonados o mediante acceso condicional o por suscripción como aquel que se realiza por el prestador del servicio de comunicación audiovisual en que la recepción de manera inteligible de los contenidos difundidos se debe realizar a través de un dispositivo físico o lógico que restringe su acceso a los receptores autorizados. Se concluye que Directv transmite señales, no genera ni difunde opiniones o pensamientos propios. Podría decirse que es un vehículo de difusión del pensamiento de terceros, un vehículo que hace posible el ejercicio, por parte de terceros, del derecho a la libertad de expresión y comunicación de pensamientos.

El art. 29 de la Constitución dispone que es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley, por los abusos que cometieren. Así, debemos entender que Directv es titular del derecho en su calidad de “emisor” de pensamientos de terceros, derecho cuya titularidad la propia ley 19.307 le reconoce (arts. 7 y 14).

En su mérito, cabe categorizar a la actora como un servicio de comunicación audiovisual para abonados, por lo que, en principio, goza de legitimación para promover la presente acción de declaración de inconstitucionalidad. Decimos “en principio” porque no existe acuerdo entre quienes conforman este fallo en cuanto a que Directv esté legitimada para cuestionar, por inconstitucionales, todos los artículos de la ley 19.307 que impugna. Por lo tanto, su legitimación deberá ser analizada a la luz de lo regulado en cada caso, para así poder establecer cuáles normas le son aplicables y cuáles no.

2.4. *Análisis de las normas impugnadas*

2.4.1. *Art. 55*

La mayoría de la Corte –Ministros Larrieux Rodríguez, Chediak González y Martínez Rosso– estima que es inconstitucional. Para los dos primeros, se trata de una norma que, sin perjuicio de perseguir la importante finalidad de evitar conductas monopólicas u oligopólicas, termina por vulnerar el derecho de propiedad de la accionante. En efecto, en virtud de la aplicación lisa y llana de la norma que impone los límites a la cantidad de clientes, en localidades donde el único prestador del servicio de televisión para abonados es Directv, esta se verá obligada a rescindir contratos, es decir, a perder patrimonio, sin la justa y previa compensación prevista en el art. 32 de la Constitución. Por su parte, la Ministra Martínez Rosso, aunque no comparte las afirmaciones precedentes, considera que el art. 55 incurre en inconstitucionalidad al lesionar la seguridad jurídica, por afectar los derechos adquiridos de la empresa, fundamento que los Ministros Larrieux Rodríguez y Chediak González también comparten. Ello, por cuanto Directv obtuvo el permiso bajo determinadas condiciones y en virtud de ellas planificó su estrategia comercial y su actividad económica en el

país. Dentro de las “reglas de juego” a las que libremente se sometió, no existían los límites para la captación de mercado, por lo que la clientela así obtenida no puede serle retirada legítimamente, porque se configuraría una clara lesión de sus derechos adquiridos. Asimismo, el permiso aún se encuentra vigente y, por tanto, el principio consagrado en el art. 1291 del C. Civil obliga a las partes a respetar el contrato que las vincula. Coinciden en que este artículo distorsiona el libre juego del mercado, vulnerando el art. 36 de la Carta, lo que conlleva un perjuicio injustificado tanto para las empresas que captan usuarios en función de la calidad de su servicio como para los potenciales usuarios, que perderán la libertad de escoger la opción que más les convenga entre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. La limitación de estos derechos fundamentales solo se justificaría si se lograra superar el “test” de racionalidad y de proporcionalidad, lo que, en el caso, no acontece. No se puede pretender proteger el interés general a través de disposiciones potencialmente perjudiciales para los intereses de los propios destinatarios de tal protección.

2.4.2. Art. 56

La mayoría de la Corte –Ministros Pérez Manrique, Larrieux Rodríguez, Martínez Rosso y Hounie Sánchez– considera que esta norma no es inconstitucional. Por su parte, el Ministro Chediak González solamente comparte tal aserto con respecto al art. 56, inc. 3.

2.4.2.1. En cuanto al art. 56, incs. 1 y 2, Directv sostiene que estas normas vulneran el art. 85.17 de la Constitución porque permiten que Antel sea la única empresa que pueda brindar servicios de telecomunicaciones y audiovisuales, así como también infringen el principio de igualdad (art. 8 de la Constitución) y el de subsidiaridad (arts. 10 y 72 de la Constitución). Esta Corte entiende que no le asiste razón, pues esta norma no concede monopolio alguno a Antel y la existencia de un monopolio “por la negativa” (fundamentado no en lo que se le otorgaría al ente estatal, sino en lo que se les restringe o prohíbe hacer a las empresas privadas audiovisuales) carece de relevancia y significado en el derecho constitucional interpretativo, donde la confrontación del texto legal y la Constitución ha de ser flagrante, inequívoca e indubitable. La mayoría exigida en el art. 85.17 no ha sido prevista para sancionar una ley con eventuales efectos que se dicen monopólicos, sino para la efectiva y expresa concesión o para la institución de un monopolio estatal, que no es lo que esta norma prevé.

Asimismo, por mayoría, esta Corte considera que la prohibición establecida en el inc. 1 de la norma en cuestión no implica la violación del principio de seguridad jurídica ni de los derechos adquiridos de la accionante. En efecto, la licencia para la explotación del servicio de televisión para abonados no preveía la explotación de servicios de telecomunicaciones, telefonía o transmisión de datos; por tanto, no se verifica la inconstitucionalidad alegada.

Tampoco se vulneran los principios de igualdad y subsidiaridad. Esta extensa ley debe ser analizada, en cuanto a su regularidad constitucional, de manera integral y sin perder de vista los principios que la informan, claramente establecidos en su art. 2. Por eso, en el caso del art. 56, hay que recurrir al art. 51

sobre los monopolios y oligopolios, que, precisamente, busca respetar el interés general de toda sociedad a que se asegure el verdadero derecho a la información de las personas, lo que, necesariamente, conlleva la pluralidad y diversidad en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual. En el caso, es clara la intención de evitar la conformación de monopolios y oligopolios en materia de telecomunicaciones, cuestión que, por ser de interés general, permite limitar ciertos derechos de consagración constitucional. Además, la limitación de la convergencia entre sectores de las telecomunicaciones prevista en los incisos 1 y 2 de la norma supone un fenómeno que se produce en todo el mundo y que no afecta ninguna norma constitucional. No le corresponde a esta Corte pronunciarse sobre la evolución de la economía ni sobre las tendencias mundiales en la materia. Las bondades que la parte atribuye a la “convergencia” de sectores económicos no pueden ser materia de pronunciamiento en este proceso, porque exceden su objeto. Como ya se dijo, el cometido del Poder Judicial es administrar la justicia y no gobernar el país, interfiriendo en la esfera de actuación o en el cumplimiento de los cometidos que la Carta atribuye a otros poderes del Estado.

2.4.2.2. En cuanto al art. 56, inc. 3, Directv sostiene que esta disposición vulnera los arts. 7, 8 y 36 de la Constitución y que no existen razones de interés general que lo justifique. Esta Corte entiende que no le asiste razón, pues la disposición impugnada no supone una restricción a la libertad de empresa contraria a la Constitución. Y ello porque la Constitución habilita la limitación del goce de la mayoría de los derechos por ella reconocidos, entre los cuales está la libertad y sus diversas manifestaciones, en la medida en que tal restricción sea impuesta “conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general” (art. 7 de la Constitución).

Los Ministros Pérez Manrique, Martínez Rosso y Hounie Sánchez consideran que la limitación de derechos que surge del inciso 3 del art. 56 contribuye a evitar la conformación de monopolios y oligopolios no querida por el legislador (art. 51 de la ley), con base en el interés general, argumento que, en lo que a este inciso se refiere, es también compartido por los Ministros Larrieux Rodríguez y Chediak González.

El art. 7 de la Carta contiene “cláusulas restrictivas”, las cuales, sin llegar a limitar un derecho constitucional por sí mismas, facultan al legislador a hacerlo. Ahora bien, al restringir el goce de derechos fundamentales, el legislador no solo está limitado por la previsión de que la ley restrictiva del goce de derechos humanos o fundamentales se realice por “razones de interés general”, sino que lo está por otros requisitos respecto de cuya procedencia existe consenso en la doctrina nacional e internacional. La jerarquía constitucional de estos requisitos se desprende de lo dispuesto en los arts. 7 y 72 de la Constitución. El art. 7 consagra el principio de legalidad y comprende todos los requisitos formales que referiremos a continuación. El mismo art. 7 y el art. 72 confieren rango constitucional a los llamados requisitos materiales. En este sentido, cuando el art. 7 se refiere a la garantía sustancial más frecuente (la existencia de “razones de interés general”), hasta con el uso de la expresión “razones” demuestra que las leyes que limiten derechos humanos deben ser conformes a la razón, razonables, y esa razonabilidad se orienta hacia la noción

de interés general como garantía de los derechos humanos; por lo tanto, si no existe esa razonabilidad, esa ley será inconstitucional. El principio de proporcionalidad aparece como una consecuencia lógica de lo anterior; no puede ser “razonable”, no puede estar fundado en “razones”, el ejercicio de la potestad legislativa cuando a) una ley no es idónea para lograr el fin perseguido y, por lo tanto, se sacrifica un derecho sin ningún sentido; b) ni es necesaria la restricción, ya que ella únicamente es admisible cuando no hay otra alternativa, y c) ni existe una desproporción entre los intereses y valores en juego. En cuanto a cuáles son los requisitos para la restricción de derechos fundamentales, se mencionan: A) requisitos formales: a) la reserva legal; b) la determinación o precisión de la regulación, y c) el carácter orgánico de la ley; y B) requisitos materiales: a) la licitud del fin perseguido; b) la proporcionalidad; c) la intangibilidad del contenido esencial del derecho, y d) la compatibilidad con el sistema democrático. Todos estos requisitos se cumplen en el caso de la restricción a la libertad de empresa impuesta por el inc. 3 del art. 56 de la ley 19.307.

Finalmente, cabe señalar que la norma en cuestión regula en forma igualitaria a todas las empresas que presten servicios de televisión satelital de alcance nacional, lo cual está demostrando que no es una norma dirigida en forma particular a la accionante y que, por ende, no es discriminatoria.

2.4.3. Arts. 115 y 117

2.4.3.1. El art. 115, por unanimidad, se considera que no es inconstitucional. Directv sostiene que vulnera el art. 8 de la Constitución al prever que algunas empresas tengan acceso gratuito a los principales canales de televisión abierta de Uruguay, mientras que otras, como Directv, no saben, a ciencia cierta, si podrán contar con ellos y a qué precio. Esta Corte entiende que no le asiste razón. Para el Ministro Larrieux Rodríguez, la actora incumplió con la carga que le impone el art. 512 del Código General del Proceso (C.G.P.), razón que obsta a ingresar al estudio del mérito de la inconstitucionalidad alegada. Por su parte, los Ministros Pérez Manrique, Chediak González, Martínez Rosso y Hounie Sánchez entienden que esta norma va dirigida a las señales de televisión abierta, a las que se les da la potestad de ofrecer sus señales para ser incorporadas por servicios de televisión para abonados en su grilla de señales. En ningún momento la norma se refiere a la televisión por cable ni excluye a la televisión satelital, por lo cual no se comprende por qué la accionante se considera excluida de la norma. En el caso, al no desprenderse del texto de la norma, en forma clara e inequívoca, el vicio que se le atribuye, la impugnación intentada no puede prosperar.

2.4.3.2. En cuanto al art. 117, la mayoría de la Corte—Ministros Pérez Manrique, Larrieux Rodríguez, Martínez Rosso y Hounie Sánchez— considera que esta norma no es inconstitucional. Directv sostiene que el art. 117, inc. 1 es inconstitucional porque la obliga a incluir la señal Televisión Nacional Uruguay (TNU) en su grilla de señales para transportar. A juicio del Ministro Larrieux Rodríguez, la actora carece de legitimación por ausencia de interés para cuestionar esa norma, ya que, actualmente, en su grilla de señales ofrece la señal TNU, por lo que la impugnación no puede prosperar. Para los

demás integrantes de esta mayoría, la accionante tiene legitimación para impugnar esa disposición, desde que la coloca en diversas situaciones jurídicas de obligación y deber frente a las entidades públicas competentes en materia de servicios audiovisuales. El hecho de que la actora, actualmente, ofrezca la señal TNU voluntariamente no enerva su interés en atacar una disposición que la obliga a ofrecer esa señal, modificando así radicalmente su situación jurídica. En cuanto al mérito, la imposición legal de transportar la señal TNU no supone infracción alguna a la libertad de expresión. Y ello, porque a diferencia de lo que sucede en el art. 60 de la ley, en el cual se imponen qué contenidos deben emitirse, aquí, únicamente, se le impone agregar a su oferta otra señal. No es lo mismo que el Estado le imponga transmitir un determinado contenido que simplemente le imponga transportar una señal entre las tantas –más de 100– que Directv transporta. Esta variada y abundante oferta descarta que la imposición legal de transportar la señal TNU pueda implicar una vulneración de la libertad de expresión, máxime cuando es notorio que el televidente sabe que las señales emitidas por un servicio de televisión para abonados son independientes entre sí y que no expresan una línea editorial del servicio que las emite.

La actora sostiene que el art. 117, inc. 3 la obliga a incorporar tres señales nacionales de televisión, a través del mecanismo de concurso que la propia norma estipula. Dicho precepto supone, a su juicio, una clara intromisión del Estado en la libertad de expresión, dado que las tres señales pueden no ser de la “preferencia de Directv y de sus clientes”. Esta Corte entiende que conforme se desprende de la fundamentación expuesta por Directv, las razones atienden a cuestiones de conveniencia, oportunidad y balance económico, las cuales devienen ajenas a toda cuestión de inconstitucionalidad. Por las razones expuestas respecto del inc. 1, tampoco puede decirse que el inc. 3 vulnere la libertad de expresión.

También sostiene que el inc. 3 vulnera el derecho de propiedad, dado que subir tres señales al satélite implica un costo “directo y de oportunidad”, y así afirma que “si bien el inc. 5 parte final señala que ‘el costo de poner a disposición la señal para ser incluida en el servicio para abonados será de cargo del titular de la señal’, no puede extraerse de dicha disposición que el titular de la señal deba cubrir el costo de subir la señal a un satélite, sino, razonablemente, el costo de realizar los ajustes necesarios en los decodificadores para que los mismos permitan el acceso a tales señales”, por lo que Directv interpreta la norma legal y deduce que colisiona con la Carta; al respecto, se concluye que no puede condicionarse la regularidad constitucional de una norma a la interpretación que de ella realice la accionante.

2.4.4. Arts. 39, inc. 3, y 40

2.4.4.1. En relación con el art. 39, inc. 3, por unanimidad esta Corte lo estima inconstitucional, aunque por distintos fundamentos. Directv sostiene que el art. 39, inc. 3, sin limitación alguna, permite al Estado privarla de los derechos exclusivos que hubiera adquirido respecto de otros “contenidos adicionales”. Dicho inciso prevé que el Poder Ejecutivo tiene la potestad de incluir “eventos adicionales” en la modalidad de “eventos de interés general” que regula el artículo, limitando el carácter de exclusividad de determinados derechos de transmisión que

adquieren las empresas de televisión para abonados. Para los Ministros Larrieux Rodríguez y Chediak González, esta norma habilita, sin un criterio legal basado en razones de interés general, en forma ilimitada y atemporal, y sin la necesaria, justa y previa compensación, la expropiación de derechos patrimoniales de la empresa que tiene el derecho a la transmisión de la señal correspondiente. Siendo así, contraviene al art. 32 de la Constitución. Por su parte, la Ministra Martínez Rosso señala que, a su juicio, no existe la expropiación alegada, ya que no hay afectación alguna del derecho de propiedad. El art. 3 de la ley dispone que es titular de derechos de emisión la persona física o jurídica que posee la autorización del realizador de un programa o evento para realizar su difusión al público. El derecho de emisión en exclusiva de contenidos audiovisuales está previsto en el art. 19 de la ley. De la referida norma se desprende que el derecho conferido no presenta los caracteres del derecho de propiedad, sino que, sobre la base de tal derecho, se podría realizar una obra, pasible de ser objeto de dominio. Considera que como el derecho alegado respecto de la autorización referida no es el de propiedad, toda la argumentación fundada en la vulneración de este derecho es de rechazo, así como también lo es la fundada en la naturaleza de expropiación que se le asigna a la consecuencia de la norma. De todas formas, coincidiendo en el punto con los Ministros Pérez Manrique y Hounie Sánchez, considera que el inciso 3 del art. 39 es inconstitucional por transgredir el principio de legalidad o de reserva legal (art. 7 de la Constitución), ya que supone habilitar la restricción de un derecho fundamental por vía de un acto administrativo sin cumplir con los requisitos para ello. Además, este inciso limita indebidamente el accionar de aquellas empresas que deciden invertir para la transmisión exclusiva de un determinado evento. Y si bien dicha limitación se funda en el “interés general”, al no definir cuáles serán los eventos de interés general adicionales y delegar dicha definición en la Administración, colisiona con el art. 7 de la Constitución, el cual dispone que nadie puede ser privado de sus derechos fundamentales, sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

2.4.4.2. En cuanto al art. 40, la mayoría de la Corte –Ministros Pérez Manrique, Larrieux Rodríguez, Martínez Rosso y Hounie Sánchez– considera que esta norma no es inconstitucional, por tratarse de una disposición cuya finalidad fue la de crear un mecanismo para garantizar el derecho del público de acceder a la recepción a través de los servicios de radiodifusión de televisión abierta de aquellos eventos de interés general que la ley califique como tales (*vgr.* los enumerados en el art. 39, inc. 1 de la ley), por lo que nada cabe reprocharle en cuanto a su apego a la Constitución. Es, simplemente, un mecanismo de aplicación del art. 38 de la ley, cuya constitucionalidad no fue cuestionada.

2.4.5. Arts. 60 y 116

2.4.5.1. En lo que respecta al art. 60, literal C, la mayoría de la Corte –Ministros Larrieux Rodríguez, Chediak González y Martínez Rosso– considera que los tres incisos contenidos en este literal son inconstitucionales, mientras que

para los Ministros Pérez Manrique y Hounie Sánchez, este vicio afecta solamente los dos últimos incisos del literal C de la cuestionada norma. El Ministro Larrieux Rodríguez entiende que la accionante tiene legitimación activa en el punto, debido a la extrema generalidad con la que el art. 60 de la ley reguló el sujeto pasivo obligado a la promoción de la producción audiovisual nacional. Considera que la redacción de la referida norma estableció la obligación de producción audiovisual nacional para los servicios de televisión para abonados en sus señales propias, sin distinguir si estas se encuentran establecidas en Uruguay o no; y sostiene que, al contar Directv con señales de producción propia en su grilla de canales, la norma impugnada le resulta de aplicación ineludible. Estas disposiciones (los tres incisos del literal C, en un caso; los dos últimos, en el otro, según las distintas posiciones que en torno al punto sostienen los integrantes de este Tribunal) imponen determinado tipo de contenido a ciertos prestadores de servicios audiovisuales, lo que entraña una violación de la libertad de expresión, que es un derecho constitucional (art. 29 de la Constitución y art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposición que contiene una regulación de este derecho en instrumento internacional ratificado por nuestro país por la ley 15.737, que adquiere rango constitucional por la vía del art. 72 de la Carta). El art. 13 de la Convención regula el alcance de la libertad de expresión, sus garantías (prohibición de censura previa, sistema de “responsabilidades ulteriores”, de origen legal y con ciertos fines específicos), y, sabiamente, también establece y advierte que la libertad de expresión tampoco puede restringirse por medios indirectos que impidan la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Esta Corte considera que lo establecido en el inciso segundo del literal C del art. 60 supone una medida indirecta de violación de la libertad de expresión, toda vez que la obligación de emitir cierto tipo de contenidos (“estrenos de ficción televisiva” o “estrenos de películas cinematográficas” –ambos conceptos, definidos legalmente en el art. 3–, y, anualmente, “dos películas cinematográficas de producción nacional”), de cierta extensión (“un mínimo de dos horas por semana”) y en cierto horario (“entre la hora 19 y la hora 23”) no se ajusta al contenido del derecho de libertad de expresión (que comprende la libertad de comunicación). También vulnera la libertad de expresión lo dispuesto en el inc. 3 del literal C, puesto que ella supone que a nadie se le puede imponer la expresión forzada de ningún tipo de contenido. La elección de qué se expresa es enteramente libre y debe estar, en forma casi absoluta, fuera del control de las autoridades y de otros actores sociales. En esa línea, la CIDH ha señalado que “(...) el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión”. En su Opinión Consultiva 5/85, la CIDH expresó que no solo se vulnera el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en supuestos groseros de censura previa, secuestro o prohibición de publicaciones, sino que “(...) también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones

aprovechan o no al gobierno”. Y en el caso, aun cuando se coincida con el fin buscado por las disposiciones analizadas, ello no enerva que sean inconstitucionales al imponer difundir cierto tipo de contenidos que suponen, en términos de la Opinión Consultiva citada, “informaciones e ideas”, cuya expresión no es producto de la libre voluntad del emisor, sino de la imposición coactiva del Estado. Ello se ve refrendado en nuestro ordenamiento con la expresión “enteramente libre” que se utiliza en el art. 29 de la Carta. Es por estos fundamentos que los Ministros Larrieux Rodríguez, Chediak González y Martínez Rosso consideran que la inconstitucionalidad también alcanza al inciso 1 del literal C del art. 60.

En cuanto al art. 60, literales A, B y D, la mayoría de la Corte –Ministros Pérez Manrique, Larrieux Rodríguez, Martínez Rosso y Hounie Sánchez– considera que estas disposiciones no son inconstitucionales. Sostienen que los literales A, B y D de la norma no imponen contenidos, como expresión o difusión de un material concreto, sino que establecen reglas en cuanto al origen de la producción que, por su generalidad, en principio, en nada afectarían la libertad de expresión. A juicio de los Ministros Pérez Manrique y Martínez Rosso, a ello se suma que los referidos literales desarrollan, por ejemplo, los enunciados de los arts. 7 y 13 de la ley 19.307, que tienen que ver con los principios y fines de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual y el desarrollo de la industria de contenidos audiovisuales y aplicaciones, los que no fueron objeto de impugnación en el caso.

2.4.5.2. En cuanto al art. 116, la mayoría de la Corte –Ministros Pérez Manrique, Larrieux Rodríguez, Martínez Rosso y Hounie Sánchez– considera que esta norma no es inconstitucional. En primer lugar, los motivos de inconveniencia económica que invoca Directv resultan ajenos a la regularidad constitucional de la norma. En segundo lugar, la limitación del derecho de libertad de empresa encuentra una clara justificación en razones de interés general. Y también aquí resultan trasladables los conceptos desarrollados en oportunidad de analizar la regularidad constitucional del art. 56 de la ley 19.307, donde expusimos de qué manera los derechos constitucionales reconocidos en el art. 7 de la Carta pueden ser limitados por razones de interés general. La norma en cuestión, pese a interferir directamente en la actividad privada y, *prima facie*, parecer reñida con el derecho de libertad empresarial recogido en el art. 36 de la Carta, simplemente impone limitaciones a ese derecho en función del interés general. Esta norma vela por este derecho, que constituye un verdadero tema de interés general, al fomentar la promoción de producciones locales por más que a Directv no le resulte conveniente producirlas desde el punto de vista económico. La norma solamente exige a las empresas de televisión para abonados la inclusión, como mínimo, de una sola señal de producción nacional o local propia, lo cual, atendiendo a la cantidad de señales extranjeras que se brindan en sus grillas, no resulta excesivo ni mucho menos desmesurado. Asimismo, la actora, pese a aludir a los importantísimos costos que esto le representaría, no logró acreditar en qué medida se afectaría su patrimonio, por lo que la lesión del art. 32 de la Constitución no resulta clara y, ante la duda, cabe aplicar la presunción de constitucionalidad de la norma impugnada. Resultan inconstitucionales todas aquellas medidas restrictivas de la libertad de empresa de determinados competidores en beneficio de otros,

pues este no puede ser un valor perseguible por el Estado. Los fines perseguidos con la restricción, por tanto, no solo deben ser legítimos, sino también de rango constitucional semejante al derecho de libertad de empresa que se sacrifica. En el caso, los fines perseguidos con la cuestionada imposición son también de rango constitucional, como lo es la protección de la libertad del consumidor nacional de poder acceder a la producción audiovisual realizada en Uruguay. En este sentido, para proteger una libertad (la del consumidor, que bien puede estar recogida en art. 7 de la Carta) se limita otra (la de la empresa), atendiendo a razones de interés general, y no con la ilegítima finalidad de beneficiar a un competidor respecto de otro en el mismo ramo de actividad. En tercer lugar, la distinción que realiza la norma tiene que ver con el alcance de la señal de producción, y la circunstancia de que Directv sea la única que preste sus servicios por vía satelital es un hecho coyuntural que no importa infracción alguna del principio de igualdad.

2.4.6. Arts. 32, 33, 139 y 142

La mayoría de la Corte –Ministros Pérez Manrique, Larrieux Rodríguez, Martínez Rosso y Hounie Sánchez– considera que estas disposiciones no son inconstitucionales. Por su parte, el Ministro Chediak González solamente comparte tal aserto con respecto al art. 32, incs. 2, 3, 9, 10 y 11, y al art. 139. Para el Ministro Larrieux Rodríguez, la accionante no está legitimada para impugnar dichos artículos. Considera que la norma impugnada, al regular la prestación de estos servicios de comunicación audiovisual, no efectúa una correcta distinción técnica entre la multiplicidad de contenidos que ellos ofrecen, ya que existen algunos de producción nacional y otros que no lo son y, por tanto, son tomados directamente desde el satélite (al que lo suben terceras empresas), por lo cual la gran mayoría son producidos en el extranjero. Esta diferenciación deberá ser hecha por el intérprete para ver cuáles normas son aplicables a la situación de la accionante. Para el referido análisis, considera de vital importancia la precisión que efectuó el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen, cuando utilizó el aforismo “*plus dicit quam voluit*”, el que describe la situación provocada por normas cuya excesiva extensión generan la regulación de situaciones que, en realidad, el legislador no solo no previó, sino que no tuvo la voluntad de regular. En el caso de Directv, que no produce ni una sola señal a nivel local, la referida circunstancia es de vital relevancia, ya que, en el caso, le quita legitimación para impugnar las normas que regulan contenidos. Directv de Uruguay Ltda., licenciataria del servicio de televisión para abonados a nivel nacional de la multinacional Directv, contiene en su grilla de programación únicamente señales producidas en el extranjero, ya sea por esta última o por terceros; es decir, Directv de Uruguay Ltda. no tiene señales de producción propia a nivel nacional ni local. En este contexto, la impugnación que la accionante realiza de una serie de normas por atentar contra su libertad de expresión y de empresa no puede prosperar, porque no le son de aplicación ineludible. Si bien el legislador patrio no efectuó este distingo y, *prima facie*, parece que regulara todo el contenido de la grilla de señales de las empresas de televisión para abonados, ello resulta absurdo si se lo analiza de conformidad con el criterio que viene delineándose. Ello, porque no existe la menor posibilidad, por absoluta

ausencia de competencia, de que el legislador patrio pueda regular el contenido (programación y publicidad) de señales producidas en el extranjero y que, por ende, son transmitidas a infinidad de países por la multinacional Directv mediante sus licenciatarias en cada uno de ellos, así como por los restantes prestadores locales. A modo de ejemplo, resulta absolutamente imposible por ausencia de competencia, y hasta absurdo, que la legislación nacional regule el contenido del canal de noticias “CNN en español”, situación que ocurre respecto a la mayoría de la grilla de señales de la actora. Asimismo, resulta de imposible regulación la publicidad que, por ejemplo, un canal para niños, como “Discovery Kids”, venda a sus anunciantes, así como tampoco resultan regulables los minutos de publicidad que dicha señal, ajena al prestador local, destina en relación con cada minuto de programación. Todas ellas son cuestiones que escapan a las potestades legislativas nacionales y la única opción posible sería prohibir al prestador del servicio de televisión para abonados la transmisión de aquellas señales supuestamente en falta, lo que importaría el absurdo de eliminar prácticamente todas las señales de la grilla, además de eliminar el objeto del negocio de dichas empresas. Con respecto a la protección de los niños, niñas y adolescentes, la normativa impugnada, en el inciso final del art. 32, brinda una solución aplicable al caso de la accionante cuando establece que los servicios de televisión para abonados podrán habilitar gratuitamente mecanismos cifrados de acceso para posibilitar el control parental de las señales no establecidas en Uruguay. Las señales con programación exclusiva para adultos no podrán estar nunca en abierto. Es en virtud de estos fundamentos que el Ministro Larrioux Rodríguez desestima la inconstitucionalidad de los arts. 32 (horarios de protección), 33 (publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes), 139 (tiempo y espacio destinado a publicidad) y 142 (del acceso gratuito a la publicidad electoral) por ausencia de legitimación activa, ya que dichas normas no son de aplicación ineludible para la actora. Por su parte, el Ministro Pérez Manrique puntualiza que la parte actora es una prestadora de servicios de televisión para abonados que transmite exclusivamente señales producidas en el exterior. Por ende, podría considerarse que respecto de alguna de las normas impugnadas en este bloque no tiene legitimación activa, ya que el legislador nacional no podría reglamentar tal tipo de señales. No obstante, considera que la actora se encuentra legitimada para cuestionar los arts. 32, 33, 139 y 142, lo que es compartido por los Ministros Chediak González, Martínez Rosso y Hounie Sánchez.

Al ingresar a los argumentos de fondo por los que la actora pide la declaración de inconstitucionalidad de estas normas, vemos que en su capítulo de “Introducción” afirma que la “Ley de Medios” es un instrumento que apunta a limitar la libertad de expresión y de comunicación, vulnerando la Constitución, al no existir razones de interés general que lo justifique. Sostuvo que el Estado no podía establecer qué clase de contenidos debían favorecer los medios de comunicación, porque ello limitaba la libertad de expresión. Y como ejemplo, puso el art. 32, según el cual, durante el horario de protección al menor, los programas, los mensajes publicitarios y la autopromoción “(...) deberán favorecer los objetivos educativos”.

No le asiste razón. En primer lugar, la norma no prohíbe la inclusión de los contenidos que limita, sino que los posterga, para que sean emitidos fuera del horario

fijado. En segundo lugar, tal limitación responde a razones de interés general, motivo por el cual resultan trasladables los conceptos expuestos en oportunidad de estudiar el art. 56 de la ley. Es claro que los derechos de los niños y de los adolescentes han sido privilegiados por sobre el derecho de libertad de los medios a emitir los contenidos enumerados en el art. 32, lo que es perfectamente razonable y tiende a proteger la integridad moral del público más sensible, el infantil, en perfecta armonía con los valores y principios constitucionales que se encuentran orientados a proteger a los menores de edad (arts. 40, 41, 43, 54, inc. 2, y 71, inc. 2 de la Constitución). Por consiguiente, la limitación que surge de los literales A a J del art. 32 encuentra su respaldo en una razón de interés general, lo cual deja sin fundamento la inconstitucionalidad invocada. Tal conclusión resulta compatible tanto con el art. 29 de la Constitución como con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la libertad de comunicación es una de las manifestaciones del principio de libertad que consagra el art. 7 de la Carta, que, como vimos, admite su limitación por razones de interés general. Como se advierte, la norma impugnada no solo no infringe la más alta normativa de derechos humanos sobre libertad de expresión, sino que la aplica, lo cual enerva la impugnación intentada.

Asimismo, la actora sostuvo que las limitaciones impuestas por estas normas “contienen prohibiciones en blanco, en violación al principio de reserva legal”, por contener “términos y definiciones vagas y ambiguas”.

No le asiste razón. El art. 32, inc. 1 reza: “Establécese el horario de protección a niños, niñas y adolescentes todos los días de la semana desde la hora 6 a la hora 22”. ¿Cuál sería, entonces, la vaguedad o imprecisión? Y el inc. 4 establece que debe evitarse, en el horario antedicho, la exhibición de programas que promuevan actitudes o conductas violentas, morbosas, delictivas, discriminatorias o pornográficas, o fomenten el esoterismo, los juegos de azar o las apuestas. Es decir, en el horario de protección al menor no se permiten programas con contenidos que promuevan actitudes o conductas perjudiciales e inconvenientes para los menores de edad. Si de acuerdo con el diccionario de la Real Academia, promover es “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”, ¿cuál sería, entonces, la vaguedad o imprecisión? Iguales consideraciones pueden hacerse respecto del resto de las disposiciones impugnadas con base en este argumento, que omitiremos desarrollar para evitar reiteraciones innecesarias.

En cuanto al art. 139, la accionante sostiene que no puede exigírsele que controle que las “más de 100 señales” que ella transporta cumplan con lo dispuesto en la ley en materia de publicidad. Tampoco le asiste razón, pues tal responsabilidad no deriva del art. 139, sino de los arts. 134 y 138 de la ley, normas que no fueron impugnadas por ella.

La actora sostiene que el art. 142 contraviene su derecho a no participar en la publicidad política electoral en el Uruguay, lo cual vulnera los arts. 7, 29, 36 y 77, nal. 7 de la Carta. Tampoco le asiste razón, pues se trata de una norma que está destinada a hacer efectivo el principio del Estado democrático de Derecho, por lo que su apego a la Constitución resulta indudable. La conveniencia u oportunidad de la extensión y los tiempos fijados por la ley para dicha publicidad no son cuestiones de orden constitucional y, por ende, exceden el objeto del presente proceso.

En relación con la vulneración del art. 77.7 de la Carta, coincidimos con el Sr. Fiscal de Corte en que: “(...) Va de suyo que el art. 142 no legisla sobre ‘las garantías del sufragio y elección’ ni sobre la ‘elección, composición, funciones y procedimientos de la Corte Electoral y corporaciones electorales’, únicas hipótesis para las que, de forma excluyente, la Constitución exige la mayoría especial de dos tercios de votos del total de componentes de cada cámara”. Y agrega: “(...) si de definir la ‘cuestión electoral’ *strictu sensu* se trata, en puridad, la hipótesis de autos refiere no al acto eleccionario en sí mismo, sino a una etapa que necesariamente le precede (...)”.

2.4.7. Arts. 66, 68, 97 y 98

La accionante agrupa dichas normas por tratarse, según sostiene, de las “normas más importantes de la ley en materia de infracciones y sanciones”. A su juicio, si bien aún no ha sido pasible de sanciones, esta normativa le genera un perjuicio actual, “porque un sistema asfixiante como el creado por las normas cuya constitucionalidad se ataca, amedrenta ya desde hoy la libertad de expresión circunstancial a todo medio de comunicación audiovisual”.

2.4.7.1. En cuanto a los arts. 66, 68 y 97, la mayoría de la Corte – Ministros Pérez Manrique, Martínez Rosso y Hounie Sánchez– considera que corresponde desestimar la impugnación ensayada. Por su parte, los Ministros Larrieux Rodríguez y Chediak González solamente comparten tal aserto en relación con los arts. 66 y 97.

La accionante omite exponer las razones por las cuales considera que estas normas son inconstitucionales, excepto en lo que respecta al art. 68 cuando dice que “el control del cumplimiento de la ley queda en manos, principalmente, del Poder Ejecutivo”. Tal afirmación, por sí sola, no justifica ingresar al análisis de la regularidad constitucional del art. 68, desde que la accionante no señaló de qué manera los artículos en cuestión afectaban su interés directo, personal y legítimo, sellando así, negativamente, la suerte de su pretensión. En tal sentido, esta Corte ha declarado inadmisibles los planteamientos de inconstitucionalidad en los que se omite desarrollar las razones en las que se funda el cuestionamiento.

2.4.7.2. En cuanto al art. 98, inc. 2, esta Corte, por unanimidad, considera que esta norma es inconstitucional. El art. 98 de la ley autoriza la suspensión de las emisiones en caso de que surgieran inconvenientes en el curso de una inspección debidos a la oposición de los titulares del servicio inspeccionado.

La accionante sostuvo que los arts. 97 y 98 de la ley eran una “combinación nefasta” para la libertad de expresión y de comunicación, pero también para la libertad de empresa y la seguridad jurídica, así como para el derecho a la privacidad, y agregó que “(...) el Estado se atribuye poderes exorbitantes a su favor, dejando sin garantías de tipo alguno a empresas reguladas como Directv”.

En cuanto a la legitimación activa, todos quienes suscriben este fallo consideran que la accionante está legitimada para impugnar esta disposición, por cuanto esta confiere a la Administración la potestad de suspender la emisión de un medio de comunicación en vía administrativa. El interés directo se verifica por la sola

calidad de ser un sujeto pasible de ser inspeccionado en el marco de esa norma; caso contrario, se estaría habilitando una grosera denegación del derecho fundamental de todo individuo al contralor de la regularidad constitucional de las leyes que afectan su interés directo, personal y legítimo, en infracción de lo dispuesto en los arts. 257, 258 y 72 de la Constitución. En cuanto al mérito de la impugnación, se coincide con la accionante en que el inc. 2 del art. 98 colisiona con el derecho al debido proceso, pues establece la potestad administrativa de sancionar a un sujeto sin haberlo previamente escuchado.

La sanción prevista en esta norma, leída en el contexto de la ley, presenta la apariencia de una medida provisional, un adelantamiento de la sanción establecida en el art. 181, lit. E. El art. 178, lit. J de la ley prevé que es una infracción muy grave “[l]a negativa, resistencia u otra conducta deliberada que impida, dificulte o retrase el ejercicio de las facultades de inspección de la Administración”. Por ello, no cabe otra interpretación que entender que se facultó a la Administración a adoptar, en carácter de medida provisional, la aplicación de la sanción definitiva por el mismo hecho que motiva su aplicación. No se estableció plazo, procedimiento ni defensa previa. Todo esto determina que corresponda declararla inconstitucional por transgredir el derecho al debido procedimiento administrativo (art. 66 de la Constitución).

2.4.8. Arts. 176 a 186

La mayoría de la Corte –Ministros Pérez Manrique, Larrieux Rodríguez, Martínez Rosso y Hounie Sánchez– considera que estas normas no son inconstitucionales. Por su parte, el Ministro Chediak González solamente coincide con tal aserto en relación con los arts. 176, 177 y 183 a 186.

2.4.8.1. En forma preliminar, los Ministros Pérez Manrique y Hounie Sánchez consideran que la accionante carece de legitimación para cuestionar estas normas. En el caso, no existe rastro siquiera de que las normas impugnadas se puedan llegar a aplicar a la actora en forma inmediata. La norma no comprende a “todos los prestadores de servicios audiovisuales regidos por la ley”, sin otro aditamento, sino a todos los prestadores de servicios audiovisuales regidos por la ley que pudieren llegar a ser responsabilizados en sede administrativa por el delito creado, lo que supone acreditar la existencia de un procedimiento administrativo que revelara la posible existencia de un supuesto de hecho que encartara en alguno de los tipos sancionatorios impugnados, respecto del cual la actora pudiera ser responsabilizada administrativamente. En el caso, la existencia de un interés directo implicaría acreditar, al menos, la certeza de que la accionante puede llegar a ser sometida a un procedimiento administrativo cuyo objeto sea determinar la responsabilidad administrativa por hechos constitutivos de algunas de las infracciones creadas por las normas impugnadas. En definitiva, la ausencia de legitimación activa en el caso surge de los propios términos de la demanda e impone el rechazo del accionamiento en estos puntos, lo cual exime a la Corte de ingresar al estudio del fondo de la impugnación.

Por su parte, los Ministros Larrieux Rodríguez y Martínez Rosso consideran que la accionante está legitimada para impugnar las normas que establecen infracciones

y sanciones, a pesar de no haber alegado ni acreditado encontrarse en el marco de un procedimiento administrativo en el que se persiga su aplicación. Sostienen que la regulación de la materia infraccional se encuentra íntimamente relacionada con los deberes impuestos por la norma, lo que conduce a realizar una lectura que, en aplicación del principio *“pro actione”*, conduce a otorgar legitimación a la accionante para impugnar estas normas y a ingresar al estudio de los fundamentos de mérito invocados por esta.

2.4.8.2. En cuanto a los arts. 176 y 177, en dichas normas solamente se designan los órganos de control con potestad sancionatoria (art. 176) y se enuncian los tres tipos de infracciones posibles, las que se denominan leves, graves y muy graves (art. 177). Por ende, la accionante carece de interés directo para impugnarlas, puesto que nada de lo dispuesto en dichas normas podría afectarla.

2.4.8.3. En cuanto a los arts. 178, 179 y 180, la impugnación de estas normas no será acogida, toda vez que de la simple lectura de los artículos impugnados, surge claramente y sin hesitaciones que el legislador cumplió a cabalidad con el principio de reserva legal en materia sancionatoria. No se aprecia ninguna delegación reglamentaria en cuanto a la determinación del supuesto de hecho de la conducta infraccional (tipificación), por lo que no configuran normas sancionatorias “en blanco”. La norma resulta ajustada a la potestad regulatoria del Estado.

2.4.8.4. En cuanto a los arts. 181 a 186, también cabe desestimar la alegada inconstitucionalidad de los arts. 181, 182, 183, 184, 185 y 186 de la ley, que regulan las diversas sanciones aplicables a las infracciones, así como las infracciones que ameritan la sanción de revocación de autorización o licencia, y los procedimientos que se llevarán a cabo a tales efectos.

El art. 183 tipifica las conductas infraccionales que ameritan, como sanción, la revocación de la autorización o licencia de explotación concedidas por la autoridad administrativa. No se aprecia en qué medida la referida norma puede vulnerar el principio de reserva legal, ya que no efectúa delegación administrativa alguna a efectos de determinar los supuestos de hecho que ameritan la adopción de las sanciones.

Los arts. 181 y 182 regulan los distintos tipos de sanciones que corresponderán a los distintos tipos de infracciones, las que se gradúan conforme a la gravedad de estas últimas, sin que se aprecie vicio constitucional alguno. Únicamente el inciso final del art. 182 prevé una delegación administrativa, pero de corte netamente instrumental, ya que no se prevé que la Administración cree sanciones, sino que estas ya están reguladas en la ley, no vulnerándose en forma alguna el principio de reserva legal en la materia. Los artículos impugnados no vulneran los principios que vienen de enunciarse, por lo que no corresponde la declaración de inconstitucionalidad promovida a su respecto.

Por último, y en relación con la alegada inconstitucionalidad de los arts. 184 a 186 de la ley, la misma resulta de franco rechazo. Los arts. 185 y 186 son normas netamente procesales. Por la primera de ellas se establece que, a los efectos

de imputar infracciones e imponer sanciones, la Administración deberá ajustarse a los principios del debido proceso, aludiendo expresamente a uno de ellos, y que tiene que ver con la sustancia regulada, como es el de la razonable adecuación de la sanción a la infracción. Por tanto, en este aspecto, las normas resultan absolutamente constitucionales, desde que otorgan a los administrados las máximas garantías en materia de procedimientos administrativos.

En cuanto al art. 184, que establece el principio de publicidad de las sanciones, tampoco tiene visos de inconstitucionalidad. Es connatural al Estado de Derecho que las sanciones sean públicas, y así lo son en toda la materia procesal, tanto la publicidad interna (para los involucrados) como la externa (hacia terceros).

En suma, para los Ministros Larrieux Rodríguez y Martínez Rosso, en cuanto al mérito, las normas referidas a las infracciones y sanciones previstas en la ley 19.307, con la excepción, claro está, del art. 98, inc. 2, no son inconstitucionales, por lo que tampoco desde este aspecto el accionamiento puede prosperar.

Nota de Referencia Extranjera: el presente fallo es resultado de la opinión mayoritaria del Tribunal y presenta disidencias parciales. El Ministro Pérez Manrique entiende que corresponde desestimar la inconstitucionalidad de los arts. 55 y 60, lit. C, inc. 1 de la ley 19.307. El Ministro Larrieux Rodríguez sostiene que corresponde declarar inconstitucional y, por ende, inaplicable a la accionante el literal Y del artículo 68, el cual corresponde que sea declarado inconstitucional a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, ya que la referida disposición, para su operatividad, remite a la norma contenida en el art. 39. El Ministro Chediak González considera que también deben ser declarados inconstitucionales y, por ende, inaplicables al accionante lo establecido en los artículos 32, incisos 4 a 8; 33; 40; 56, incisos 1 y 2; 60; 68, literales Q e Y; 116; 117; 142; 178; 179; 180; 181 y 182 de la ley 19.307. El Ministro Hounie Sánchez entiende que corresponde desestimar la acción de declaración de constitucionalidad promovida respecto de los arts. 55 y 60, lit. C, inc. 1 de la ley 19.307.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY, sentencia n° 79, *Directv de Uruguay Limitada c/ Poder Legislativo. Acción de inconstitucionalidad. Arts. 32, 33, 39 inc. 3, 40, 55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115 a 117, 139, 142 y 176 a 186 de la ley N° 19.307*, sentencia del 5-4-2016, en <http://www.poderjudicial.gub.uy/images/resoluciones/2016/sent_scj_05-04-16_inconstituc_ley_de_medios_19307.pdf>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ALCANCES. RESTRICCIONES. **DERECHO AL HONOR.** CALUMNIAS E INJURIAS. DIFAMACIÓN. REPUTACIÓN. **DIGNIDAD HUMANA** (INDIA).

1. Antecedentes del caso: en 2014, Subramanian Swamy, un importante dirigente del Partido Bharatiya Janata, denunció por corrupción al Jefe de Gobierno de T  mil Nadu. Este estado, a su vez, presentó varias demandas penales por difamación contra Swamy.

En la India, la difamación constituye un delito previsto por los arts. 499 y 500 del Código Penal. En respuesta a las denuncias penales entabladas en su contra,

Swamy alegó que dichos artículos violaban el art. 32 de la Constitución, que permite a cualquier persona recurrir directamente a la Suprema Corte con el fin de ejercer sus derechos fundamentales que la Carta Magna le garantiza. Los políticos Rahul Gandhi y Arvind Kejriwal, y algunos periodistas también demandados por difamación se unieron al planteo de inconstitucionalidad de Swamy, alegando que los arts. 499 y 500 del Código Penal coartan la libertad de expresión.

2. Sentencia: el art. 19(1)(a) de la Constitución garantiza el derecho a la libertad de expresión a todos los ciudadanos del país. Sin embargo, este derecho está sujeto a restricciones razonables impuestas en aras de la soberanía, la integridad de la India, la seguridad del Estado, las buenas relaciones con los Estados extranjeros, el orden público, las buenas costumbres o la moral, o en caso de desacato, difamación o incitación a la comisión de un delito.

Para determinar si el delito de difamación constituye una violación del derecho a la libertad de expresión, es preciso analizar el alcance de los términos “difamación” y “reputación” a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El concepto de reputación forma parte del derecho fundamental a la vida y a la dignidad conforme a lo resuelto en los casos *Hill v. Church of Scientology of Toronto* de la Corte Suprema de Canadá, *Khumalo v. Holomisa* de la Corte Suprema de Sudáfrica, y *Karako v. Hungary*, en el que la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció que la libertad de expresión puede ser restringida para proteger la reputación de las personas.

No obstante el extenso ámbito y de gran alcance que tiene la libertad de expresión, esta no es absoluta y puede estar sujeta a restricciones razonables, como cualquier otro derecho. Asimismo, el derecho al honor, a la dignidad y a la reputación son constitutivos del derecho a la vida.

Si bien la libertad de expresión es inviolable, lo cierto es que está sujeta a restricciones razonables. Los arts. 499 y 500 del Código Penal no pueden considerarse irrazonables, toda vez que no son ambiguos, excesivos ni arbitrarios.

Ningún derecho es absoluto. Los derechos fundamentales son todos iguales y no hay uno mejor que otro dado que no existen aislados, sino en concordancia. Por ello, en un caso en el que dos derechos fundamentales se contraponen, debe ser defendido el que mejor promueva el interés público.

Una ley puede restringir válidamente derechos fundamentales en la medida en que dicha restricción sea constitucional y proporcional a la consecución del importante objetivo buscado.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Subramanian Swamy v. Union of India and Others*, sentencia del 13-5-2016, reseña del fallo por KOTHARI, Jayna y TALLUR, Ashwini, en ALBERT, Richard, LANDAU, David, FARAGUNA, Pietro y DRUGDA, Simon (eds.), *2016 Global Review of Constitutional Law* [en línea]. New York - Boston: I:CONnect - Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2017, pp. 88-89. Disponible en: <<http://www.bc.edu/content/dam/files/centers/clough/constitutional-law/ReviewofConLaw-final.pdf>>. ISBN: 978-0-692-92516-4.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. 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. DIGNIDAD HUMANA (CHILE).

1. Antecedentes del caso: Claudio Valls, por sí y en representación de sus tres hijos y de su cónyuge, demandó a la Red de Televisión Chilevisión S.A. por cuanto esta había difundido que había asesinado a una persona. Específicamente, el supuesto ilícito habría consistido en arrojar a una persona de un ómnibus, en la carretera a Quilpué. Alegó que la transmisión de aquella noticia le habría causado serios daños patrimoniales, pero solo reclamó el daño moral, por el fuerte sufrimiento de él y de su familia ante la mencionada imputación.

La demandada alegó que no tenía lugar la indemnización pecuniaria, conforme a lo prescrito por el art. 2331 del Código Civil chileno (CC).

Entonces, Valls solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicha norma para que surta efectos en el proceso por indemnización de daños y perjuicios iniciado. Alegó que al impedir aquella norma la indemnización pecuniaria por el solo hecho de demandarse el daño moral sin reclamar daño material, contraviene lo dispuesto en los arts. 1º, incs. primero y cuarto, y 19, numerales 2º, 4º y 26 de la Constitución Política (CP).

El texto del precepto legal objetado prescribe: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

Valls sostuvo que la limitación indemnizatoria impuesta por la disposición impugnada vulnera el principio constitucional subyacente de reparación del daño, principio reconocido en los pronunciamientos del Tribunal por el cual, si bien el legislador puede establecer distintos tipos de indemnización, no puede excluir sin fundamento razonable un tipo de reparación. Argumentó que la aplicación de la disposición cuestionada: 1) vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que implica reconocer la existencia de un grupo de individuos privilegiado que, pese a su responsabilidad en la comisión de un ilícito o cuasidelito civil, no tiene la obligación de indemnizar el daño moral; 2) vulnera el derecho al respeto y protección de la honra y de su familia, pues los atentados en su contra quedan impunes, en cuanto no permiten que el daño moral sea reparado; 3) vulnera el derecho a la seguridad jurídica, puesto que se afecta la esencia del derecho a la honra, toda vez que quienes lo afectan, no responden por ello; y 4) por las razones anteriores, vulneraría los principios de dignidad e igualdad en los derechos y de servicialidad del Estado.

La demandada sostuvo que la solicitud debía rechazarse, desde el momento en que desconoce la función y los derechos que la Ley N° 17.322 –en adelante, Ley de Prensa– establece respecto de los medios de comunicación social, que consisten en informar a la opinión pública de actos o hechos realizados por una persona, con el objeto de cautelar así el derecho constitucional de opinar e informar, que

reconoce el art. 19.12 de la Constitución. Además, Chilevisión S.A. alega que no ha incurrido en la figura típica del delito de injurias, toda vez que no se presentan los elementos objetivos del tipo, desde el momento en que la expresión del nombre del actor como autor de un homicidio se debió a información que provino de fuentes oficiales. En cuanto al elemento subjetivo, tampoco se presenta, pues no existe dolo directo ni *animus injuriandi*, ya que Chilevisión S.A. solo transmitió la información y no quiso causar daño al peticionario. Por otra parte, también debe rechazarse la solicitud por cuanto la aplicación de la disposición cuestionada no produce efectos inconstitucionales; ello así, en razón de que la Ley de Prensa, en su art. 40, establece la procedencia de la indemnización en el caso de que el medio de comunicación social haya incurrido en el delito de injurias y calumnias. Dicha disposición debe preferirse ante el art. 2331 CC, por cuanto se trata de una regla especial que, como tal, debe primar ante la regla general y, además, porque tutela el derecho fundamental de opinar e informar, al hacer más exigente la procedencia de la indemnización al requerir, para la obtención de la misma, la comisión de los delitos de injurias y calumnias por parte del medio de comunicación social. Por lo dicho, solicitó el rechazo de la solicitud.

2. Sentencia: se acoge la solicitud de declaración de inaplicabilidad deducida y, en consecuencia, se declara inaplicable el art. 2331 del Código Civil para la gestión judicial invocada en estos autos.

Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos.

Este Tribunal ha dictado numerosas sentencias respecto del art. 2331 CC, en las que ha declarado inaplicable, total o parcialmente, el precepto ahora impugnado. Analizados los antecedentes del caso y los planteamientos de las partes, este Tribunal perseverará en la doctrina fijada en fallos precedentes, toda vez que no se han dado argumentos que hagan procedente un cambio de criterio en esta materia, ni las circunstancias del caso lo aconsejan. No existiendo en definitiva motivos que justifiquen resolver el presente conflicto de una manera diversa, se declarará inaplicable a la gestión pendiente, por inconstitucional, el art. 2331 CC.

En la sentencia rol N° 943-08, este Tribunal analizó extensamente el valor constitucional de la restricción que ese precepto legal impone, en cuanto impide la reparación del daño puramente moral causado por imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona. Allí se concluyó que “en términos generales, puede decirse que la obligación de responder por los perjuicios causados por la infracción de un deber jurídico, sea sufriendo el castigo por el delito cometido si se ha perjudicado a la sociedad quebrantando la ley penal, sea satisfaciendo la indemnización del daño infligido a otro cuando deliberadamente o por pura negligencia se ha contravenido una obligación de carácter civil, configura el principio de responsabilidad, que impregna todo nuestro ordenamiento jurídico y adquiere las más variadas formas a través de estatutos jurídicos especiales de responsabilidad”. Del mismo modo, se reflexionó en dicha sentencia, siendo regla general de nuestro ordenamiento jurídico que todo daño causado por un acto ilícito debe ser indemnizado –tanto el daño patrimonial como el daño moral, si se han producido, deben ser reparados por el responsable–, el art. 2331 CC (que

prohíbe demandar una indemnización pecuniaria por el daño moral causado por imputaciones injuriosas en contra del honor o el crédito de una persona) representa una excepción de este principio general sobre responsabilidad.

En las sentencias roles Nros. 943-08 y 1.185-09, esta Magistratura reflexionó sobre la naturaleza del derecho a la honra –contemplado en el art. 19.4 de la Carta Fundamental–, concluyendo que este derecho, cuyo respeto y protección la Constitución asegura a todas las personas, alude a la “reputación”, al “prestigio” o el “buen nombre” de todas las personas, como ordinariamente se entienden estos términos, más que al sentimiento íntimo del propio valer o a la dignidad especial o gloria alcanzada por algunos. Por su naturaleza es, así, un derecho que emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana; un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, y que no puede ser negado o desconocido por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana.

En suma, se concluyó que se trata de un derecho de carácter personalísimo que es expresión de la dignidad humana consagrada en el art. 1º CP, vinculado también con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el art. 19.1 CP, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto, la generalidad de las veces acarrearán más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazado o compensado con una suma de dinero, tratándose, en definitiva, de un bien espiritual, no obstante tener en ocasiones también un valor económico.

El art. 2331 CC restringe la tutela civil por responsabilidad en la lesión deliberada o negligente del derecho a la honra de otro, dando lugar a indemnización únicamente por aquellos daños que pueda probarse que produjeron un empobrecimiento patrimonial de la víctima y prohibiendo la indemnización pecuniaria del daño exclusivamente moral ocasionado por imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, aun cuando dicho daño estuviere, a juicio del juez de la causa, suficientemente probado.

El pronunciamiento de este Tribunal es independiente de la efectiva procedencia de una indemnización por concepto de daño moral demandada por el requirente en la causa; en oportunidades anteriores, se ha señalado que “la inaplicación del precepto no implica emitir pronunciamiento alguno acerca de la concreta procedencia de la indemnización del daño moral en la gestión que ha originado el requerimiento de autos, la que habrá de determinar el juez de la causa teniendo presentes las restricciones y el modo en que, conforme a la ley y demás fuentes del derecho, procede determinar la existencia del injusto; el modo de acreditar el daño moral efectivamente causado; el modo y cuantía de su reparación pecuniaria, y los demás requisitos que en derecho proceden”.

El contenido del art. 19 CP, conjuntamente con sus arts. 1, 4 y 5, inc. 2, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, su dignidad y libertad natural; y

al respeto, promoción y protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado. Estos principios y valores no configuran meras declaraciones programáticas, sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo tenerse presente que el inc. 2 del art. 6 CP precisa que los preceptos de esta obligan no solo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, sino a toda persona, institución o grupo.

Como corolario, deben desecharse las interpretaciones constitucionales que resulten contradictorias con estos principios y valores rectores, lo que lleva a concluir que, frente a las interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia efectiva. Como lo dispone el art. 19.26 CP, el legislador debe respetar siempre la esencia del derecho que se trata de regular, complementar o limitar, como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El derecho a la honra, por su esencia espiritual y moral como emanación de la dignidad de la persona humana, carente de materialidad, no posee en sí mismo valor económico o patrimonial, por lo que el resultado dañino de los atentados en su contra se traducirá, ordinariamente, en sufrimientos o mortificaciones de igual carácter, esto es, en *daño moral*, aunque, eventualmente, en ciertos casos, pueda adquirir alguna significación económica susceptible de ser calificada de daño patrimonial.

Este Tribunal Constitucional ya ha señalado que “el efecto natural de la aplicación del art. 2331 CC es, precisamente, privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos que se persigan criminalmente, de la protección de la ley, pues, mientras las lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados, de acuerdo a la regla general del art. 2329 CC, las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es naturalmente el que producen esta clase de atentados y, ordinariamente, el único”.

Se concluye que la aplicación del art. 2331 CC en la gestión judicial pendiente invocada en este proceso resulta contraria a la Constitución.

Nota de Referencia Extranjera: en disidencia, el Ministro García Pino estuvo por rechazar la solicitud. Sostuvo: 1) que las normas constitucionales que se estiman infringidas son los arts. 1 –incs. 1 y 3–, 5 y 19 –numerales 1, 2, 4 y 26– CP, y la pretensión de inaplicabilidad del precepto legal que las vulneraría se funda en un juicio ordinario de indemnización de daños y perjuicios; 2) que el requirente impugna el art. 2331 CC; sin embargo, es claro que las declaraciones que a juicio del requirente son injuriosas fueron difundidas a través de un medio de comunicación social, lo que supone la aplicación de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. La aplicación de esta normativa reviste importancia constitucional, pues el legislador equilibra *a priori* el ejercicio de la libertad de expresión con el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho a la honra; 3) que esa ley establece una regulación específica del ejercicio del periodismo y del funcionamiento de medios de comunicación social, que incluye derechos, deberes y un régimen de responsabilidad; 4) que los hechos relatados por

el requirente permiten concluir que la conducta de Chilevisión se trataría de la comisión del delito de calumnias, que, propagada con publicidad, es castigada con pena de multa y reclusión menor, grado que depende de si la imputación es de un crimen o un simple delito (art. 413 CP). Tratándose de un medio de comunicación social, el art. 29 de la Ley N° 19.733 agrava las penas de multa, en tanto su art. 40 prescribe que la acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados en esa ley se regirá por las reglas generales, y la comisión de los delitos de injurias y calumnias referida en el art. 29 dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral; 5) que este caso se trata de un conflicto de constitucionalidad aparente, pues todos los antecedentes dan cuenta de la aplicación de un estatuto especial y no del art. 2331 CC, cuya aplicación estaría circunscripta a vulneraciones al honor que no se configuren como delitos cometidos a través de medios de prensa, dado que se rigen por la Ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. Si el requirente no ha optado por la vía idónea para resarcir el daño que se le ha ocasionado, o si haciéndolo no obtuviere una sentencia penal condenatoria, son cuestiones que no puede ponderar este Tribunal para realizar el juicio de constitucionalidad requerido. En definitiva, los efectos inconstitucionales que denuncia el requirente no se producirán en el caso concreto, pues la ley efectivamente aplicable contempla la indemnización del daño moral cuando el delito de calumnias es cometido a través de un medio de comunicación social; 6) que si se afirma la aplicación del art. 2331 CC a pesar de la existencia de una ley especial, de todos modos es cuestionable su aplicación en el caso concreto. La disposición impugnada establece el régimen de responsabilidad por “imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona”, lo que circunscribe su ámbito de aplicación. Los antecedentes de este caso permiten presumir que la conducta típica del medio de comunicación demandado se enmarca en el delito de calumnias, y no de injurias. Siendo así, procede la aplicación del régimen general de responsabilidad extracontractual, que no contiene limitación expresa de los daños indemnizables; y 7) que procede rechazar el requerimiento porque el precepto impugnado no puede producir efectos inconstitucionales en el caso concreto, pues de los antecedentes aportados en este proceso no es posible presumir que será aplicado en la gestión pendiente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Valls Morales y otros respecto del art. 2331 del Código Civil, Rol N° 2860/15-INA, en los autos sobre indemnización de perjuicios contra Red de Televisión Chilevisión S.A., bajo el Rol N° C-4309-2013, sustanciado por el 17° Juzgado Civil de Santiago, sentencia del 26-1-2016, en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2860-155>>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UTILIZACIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN PUBLICIDAD. **ORDEN PÚBLICO.** MORAL PÚBLICA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – LITUANIA).

1. Antecedentes del caso: la compañía lituana de indumentaria Sekmadienis tiene sus oficinas en Vilna. En septiembre y octubre de 2012, lanzó, durante dos semanas, una campaña publicitaria anunciando la línea del diseñador R. K. En zonas públicas de Vilna expuso tres carteles que también fueron alojados en el sitio web del diseñador. El primero de ellos exhibía un hombre joven de cabello largo que llevaba un par de jeans, con una vincha, una aureola alrededor de la cabeza y

varios tatuajes. Una leyenda en la parte inferior de la imagen rezaba “¡Jesús, qué pantalones!”. El segundo exhibía una mujer joven que llevaba un vestido blanco con un tocado de flores rojas y blancas, una aureola alrededor de la cabeza y en las manos un rosario. Una leyenda en la parte inferior de la imagen rezaba “¡Querida María, qué vestido!”. El tercer cartel exhibía al hombre y a la mujer juntos, con la misma ropa y con los mismos accesorios que en los carteles anteriores, el hombre en posición reclinada y la mujer de pie junto a él con una mano colocada en su cabeza y la otra en su hombro. La leyenda en la parte inferior de la imagen rezaba “Jesús [y] María, ¿qué se han puesto?”.

Durante ese período, la Autoridad Estatal para la Protección de los Derechos del Consumidor (SCRPA, por sus siglas en inglés) recibió cuatro quejas telefónicas que denunciaban una falta de ética en los carteles y que estos eran ofensivos para las personas religiosas. La SCRPA, entonces, solicitó a la Agencia Lituana de Publicidad (LAA, por sus siglas en inglés) que se expida al respecto. Esta decidió, por cinco votos contra dos, que los carteles vulneraban los Principios Generales, así como los arts. 1 (decencia) y 13 (religión) del Código de Ética Publicitaria.

El 8 de octubre del mismo año, la SCRPA recibió una queja de parte de un estudio jurídico de la ciudad de Kaunas en relación con los carteles. La misma indicaba que los carteles ofendían los símbolos y los sentimientos religiosos de la gente y creaban el riesgo de que la sociedad perdiera el necesario sentido de sacralidad y respeto por la espiritualidad. Entonces, el estudio solicitó a la SCRPA que multara a Sekmadienis y le ordenara remover los carteles por ser contrarios al orden y a la moral pública.

La SCRPA reenvió la queja y el dictamen de la LAA a la Inspección Estatal de Productos no Alimentarios. Esta informó a Sekmadienis que los carteles podían resultar violatorios del art. 4.2(1) de la Ley de Publicidad por ser contrarios a la moral pública.

Sekmadienis, entonces, presentó un escrito ante dicha Inspección. En primer lugar, sostuvo que, en los carteles, la palabra “Jesús” no había sido utilizada para nombrar a una personalidad religiosa, sino como interjección, muy utilizada en el habla común en Lituania, algo semejante a “Oh, por Dios”, “Oh Señor”, “Dios no lo quiera”, etc. La compañía adujo que en razón de su uso común, la palabra había perdido la exclusividad de su significado religioso. Asimismo, arguyó que las personas retratadas en los carteles no podían considerarse semejantes a personajes religiosos y que, si lo eran, la representación era estéticamente agradable y no irrespetuosa, como en el caso de muchos artículos religiosos *kitsch* y de baja calidad vendidos en los mercados. Además, toda vez que en Lituania no hay una religión de Estado, los intereses de un grupo –los católicos practicantes– no podían ser equiparados a los de toda la sociedad. Asimismo, la compañía sostuvo que el dictamen de la LAA estaba fundado en una apreciación emocional y no en hechos probados, como lo demostraban, en particular, frases como “las personas religiosas siempre reaccionan con mucha sensibilidad a cualquier utilización de símbolos religiosos o personalidades religiosas en el ámbito publicitario” o “el juego se ha pasado de la raya”. Afirmó también que los carteles no habían vulnerado ninguna ley y que sostener lo contrario iría en detrimento del derecho a la libertad de pensamiento y expresión protegido por la Constitución.

A fines de enero de 2013, la SCRPA solicitó a la Conferencia de Obispos de Lituania que expresara su opinión sobre los carteles. Esta estimó que la representación inadecuada de Jesús y de María fomenta una actitud frívola ante los valores éticos de la fe cristiana y promueve un estilo de vida incompatible con los principios de las personas religiosas a la vez que ofende sus sentimientos. Asimismo, declaró haber recibido un centenar de quejas de personas religiosas en relación con los carteles.

Dos meses después, la SCRPA llegó a la conclusión de que la compañía había vulnerado el art. 4.2(1) de la Ley de Publicidad. Señaló que el concepto de “moral pública” no se encontraba definido en ningún instrumento legal pero que, sin embargo, necesariamente requería el respeto por los derechos y los intereses de los demás. Asimismo, sostuvo que la publicidad siempre debe ser de buen gusto y estar acorde con los estándares morales más elevados y, además, que aquella que pueda humillar a las personas en términos de su fe, sus convicciones u opiniones debe considerarse inmoral e inaceptable. La SCRPA consideró que, para el consumidor medio, tanto las personas como los símbolos y su ubicación pueden representar personas y objetos relacionados con símbolos religiosos. Por todo ello, impuso a la compañía una multa de 2000 litas lituanas (aproximadamente €580).

La compañía, entonces, presentó un recurso contra la decisión de la SCRPA ante un tribunal administrativo, alegando que las personas y objetos que aparecían en los carteles no tenían relación alguna con símbolos religiosos: ni los personajes, su ropa, posición o expresión facial eran similares a las representaciones de Jesucristo o de la Virgen María en el arte religioso, y la única semejanza física era el cabello del hombre, pero no puede presumirse que todos los hombres con cabello largo sean una representación de Jesús. Además, alegó que las expresiones “¡Jesús!”, “¡Querida María!” y “¡Jesús [y] María!” son utilizadas en el lenguaje verbal como interjecciones y que habían sido utilizadas como un juego de palabras y no con una connotación religiosa. La compañía sostuvo asimismo que la Ley de Publicidad no prohibía explícitamente todo uso de símbolos religiosos en los carteles publicitarios, sino solo el uso que es pasible de ofender los sentimientos de los demás o incitar al odio. Señaló que los carteles no eran ofensivos ni irrespetuosos, y que la SCRPA no había justificado por qué “excedían los límites de tolerancia” o por qué “utilizar el nombre de Dios con fines comerciales no se compadece con la moral pública”. La compañía, además, alegó que las quejas de un centenar de personas no eran suficientes para arribar a la conclusión de que la mayoría de las personas religiosas de Lituania había sido ofendida por los carteles. Por último, agregó que los carteles eran producto de una actividad artística y que, por ello, estaban protegidos por la libertad de expresión, garantizada por la Constitución.

El Tribunal Administrativo Regional de Vilna rechazó el recurso interpuesto al considerar que la SCRPA había ponderado correctamente todas las circunstancias relevantes y llegó a la conclusión de que “la forma de publicidad utilizada por la compañía estaba prohibida, toda vez que distorsionaba la finalidad principal de un símbolo religioso respetado por una comunidad religiosa, a saber, la de transmitir la idea de divinidad o de santidad”.

Sekmadienis, entonces, recurrió esta decisión. Presentó ejemplos de varios carteles publicitarios de otros productos que habían utilizado figuras y símbolos

religiosos y sacerdotes católicos; dichos ejemplos, según la compañía, brindaban sustento a su argumento de que la utilización de símbolos religiosos en publicidad no estaba prohibida, a menos que los avisos fueran ofensivos o estuvieran cargados de odio. Asimismo, afirmó que sus carteles no se encuadraban en ninguna de esas categorías toda vez que no incluían eslóganes ni elementos visuales humillantes para las personas religiosas ni incitaban al odio religioso. El Supremo Tribunal Administrativo rechazó el recurso, al entender que la forma de publicidad elegida por la compañía no se ajustaba a la moral ni a los principios de respeto de los valores de la fe cristiana y de sus símbolos sagrados, y que, por lo tanto, los carteles cuestionados vulneraban el art. 4.2 de la Ley de Publicidad.

Sekmadienis, entonces, recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) denunciando una violación del art. 10 (derecho a la libertad de expresión) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia: ha habido una violación del art. 10 de la Convención. El Estado demandado deberá pagar a la compañía recurrente €580 en concepto de daños y perjuicios.

En sus argumentos, la recurrente no niega que las personas retratadas en los carteles se asemejen a figuras religiosas. En efecto, todos sus elementos visuales crean una inequívoca semejanza entre las personas retratadas y figuras religiosas. Por otra parte, los carteles perseguían una finalidad comercial y no pretendían contribuir a ningún debate público sobre temática religiosa alguna ni sobre otros asuntos de interés general. En consecuencia, el margen de apreciación acordado a las autoridades nacionales es amplio pero no ilimitado, y es preciso evaluar si ellas se han extralimitado en el ejercicio del mismo.

En principio, los carteles no parecen ser ofensivos o profanos, ni incitar al odio en razón de la religión, ni atacar una religión de manera injustificada. Sin embargo, no debe excluirse la posibilidad de que una expresión que parece no ser ofensiva pueda, en ciertas circunstancias, tener un impacto negativo. Lo cierto es que los tribunales nacionales deberían haber provisto razones suficientes de por qué los carteles resultaban contrarios a la moral pública. Las autoridades nacionales consideraron que lo eran dada la utilización de símbolos religiosos “con fines superficiales”, y porque “distorsionaban su finalidad principal” y eran “inapropiados”. En opinión de esta Corte, tales afirmaciones no explican cabalmente por qué la referencia a símbolos religiosos en los carteles resulta ofensiva independientemente de que tuvieran una finalidad no religiosa. Por otra parte, las autoridades nacionales no trataron el argumento de la compañía de que los nombres de Jesús y María no fueron utilizados como referencias religiosas, sino como interjecciones comunes que tuvieron un efecto de comicidad.

Esta Corte rechaza el razonamiento de la SCRPA, posteriormente confirmado por los tribunales nacionales. En efecto, la SCRPA sostuvo que los carteles “promovían un estilo de vida incompatible con los principios de una persona religiosa”, sin explicar en qué y por qué “un estilo de vida incompatible con los principios de una persona religiosa” necesariamente lo es también con la moral pública. Aun cuando todas las decisiones arribadas a nivel nacional hacían referencia a “las personas religiosas”, el único grupo religioso que fue consultado fue la Iglesia

Católica Romana, pese a la existencia de otras comunidades religiosas cristianas y no cristianas en Lituania. A este respecto, el Tribunal Constitucional de Lituania afirmó que “ninguna convicción o ideología puede ser declarada obligatoria” y que el Estado “no tiene derecho a establecer un sistema obligatorio de convicciones”. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostiene que las restricciones a los derechos tendientes a proteger la moral deben basarse en principios que no deriven exclusivamente de una determinada tradición en particular.

Algunas autoridades nacionales consideraron muy importante que aproximadamente un centenar de personas hayan elevado reclamos contra los carteles. Esas personas pueden haberse sentido ofendidas. Sin embargo, es necesario reiterar que la libertad de expresión ampara la expresión de ideas que pueden ofender, impactar o molestar y que, en una sociedad pluralista y democrática, quienes eligen ejercer la libertad de manifestar su religión no pueden pretender estar exentos de crítica; deben tolerar y aceptar que otros rechacen su creencia religiosa y difundan doctrinas contrarias a su fe.

El Gobierno lituano argumentó que los carteles deben haber sido considerados ofensivos por la mayoría de la población lituana, que es cristiana, mientras que la recurrente sostuvo que un centenar de personas no resulta representativo de dicha mayoría. Lo cierto es que no es posible suponer que todos los que han indicado pertenecer a la fe cristiana necesariamente consideren ofensivos los carteles. Además, el Gobierno lituano no ha acreditado esta circunstancia. Sin embargo, aun suponiendo que la mayoría de la población de Lituania los considerara ofensivos, esta Corte reitera que resultaría incompatible con los valores que subyacen a la Convención decidir que el ejercicio por parte de un grupo minoritario de los derechos que esta garantiza sea condición para ser aceptado por la mayoría. De ser así, los derechos de una minoría –la libertad de expresión, entre otros– devendrían en algo puramente teórico en lugar de práctico y efectivo, como lo requiere la Convención.

En consecuencia, esta Corte llega a la conclusión de que las autoridades nacionales no establecieron un justo equilibrio entre la protección de la moral pública y los derechos de las personas religiosas, por un lado, y el derecho de la recurrente a la libertad de expresión, por el otro. Las expresiones incluidas en sus decisiones, tales como “en este caso el juego se ha pasado de la raya”, “el respeto por la espiritualidad está desapareciendo”, “el uso inapropiado de símbolos religiosos atenta contra ellos y resulta contrario a la moral universalmente aceptada y a las normas éticas” y “las personas religiosas reaccionan muy sensiblemente al uso de símbolos religiosos o personajes religiosos en los anuncios publicitarios”, demuestran que las autoridades nacionales priorizaron en forma absoluta la protección de los sentimientos de las personas religiosas sin tomar en cuenta adecuadamente el derecho de la recurrente a la libertad de expresión. En consecuencia, ha habido una violación del art. 10 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Case of Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, sentencia del 30-1-2018, en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180506>>.



MUERTE DIGNA. EUTANASIA. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. DIGNIDAD HUMANA. DERECHO A UNA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS. SALUD. DERECHO A LA SALUD. SEGURIDAD SOCIAL. PRESTACIONES DE SALUD. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD. AMPARO. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: *Sofía*, de 24 años de edad, se encuentra afiliada a la Nueva EPS del régimen contributivo en calidad de cotizante, y su red de servicios médicos es la ESE Hospital San Vicente de Arauca. En febrero de 2016, se le diagnosticó un cáncer agresivo en etapa terminal. Su madre, *Adriana*, la trasladó a Estados Unidos para tratarla, donde se le informó que no tenía posibilidad de recuperación y un pronóstico de vida de seis meses. Se le realizaron sesiones de quimioterapia en el Hospital San Ignacio de Bogotá; no tuvo resultados positivos y su salud empeoró. Debido a los severos efectos secundarios del tratamiento, *Sofía* decidió no proseguirlo. Fue trasladada a su casa, donde ha sido atendida por el doctor *Luis*, médico interno del Hospital San Vicente de Arauca, a quien en varias oportunidades le solicitó que le practicara la eutanasia. Este le manifestó verbalmente que no lo haría.

En octubre de 2016, *Sofía* y su madre solicitaron al gerente del Hospital San Vicente de Arauca que autorizara el mencionado procedimiento, pero recibieron como respuesta que, de conformidad con lo establecido en el art. 5 de la Resolución 1216/2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, la entidad no estaba obligada a llevarlo a cabo por cuanto no contaba con un médico especialista en oncología que pudiera integrar un comité científico interdisciplinario.

Entonces, *Adriana*, en calidad de agente oficiosa de su hija *Sofía*, instauró una acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca –UAESA–, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de su hija. Explicó que ella había manifestado su consentimiento directamente y por cuenta propia, y que tenía pleno conocimiento de su enfermedad y de sus consecuencias.

La UAESA señaló que la competencia para autorizar y garantizar la atención en salud corresponde a la Nueva EPS. El Hospital San Vicente de Arauca, por su parte, indicó que desde el momento en que recibió la solicitud de eutanasia, había mantenido comunicación con *Adriana* y se le había manifestado el impedimento técnico, asistencial y jurídico que tenía la institución para acceder a la petición, pero que en Bucaramanga se encontraban habilitados los servicios que permitían la aplicación del protocolo. La Nueva EPS manifestó que en ningún momento se le había negado la prestación del servicio de salud a la paciente e informó que no tenía la custodia de la historia clínica, ya que esa información constaba únicamente en los archivos de la institución prestadora de salud (IPS) donde era atendida. La Procuraduría 64 Judicial I Administrativa de Arauca señaló que estaba debidamente acreditado que la Nueva EPS era la entidad que contaba con los recursos necesarios para prestar el servicio solicitado. Puso énfasis en la

importancia de que esa entidad agilizara los trámites para adoptar una decisión definitiva en el caso.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca hizo lugar al amparo solicitado, concediendo la protección de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente invocados por la accionante, a pesar de haberse configurado la carencia actual de objeto por daño consumado, dadas las trabas administrativas a las que había sido sometida *Sofía*, que la habían afectado gravemente a ella y a su núcleo familiar. Estimó que se cumplió con el requisito de padecer una enfermedad terminal e intensos dolores, ante el padecimiento de un tumor en fase terminal, y advirtió que estaba acreditado el requisito de que se haya manifestado el consentimiento libre, informado e inequívoco para la práctica del procedimiento de eutanasia, así como también que las funciones mentales de la paciente estaban intactas, es decir, que se encontraba lúcida y plenamente consciente de su enfermedad. Concluyó que las gestiones que la Nueva EPS había realizado no eran eficaces.

La Sala de Selección de Tutelas N° 3 seleccionó el presente expediente para su revisión.

2. Sentencia: se declara la carencia actual de objeto por daño consumado en la acción de tutela interpuesta por *Adriana* como agente oficiosa de su hija *Sofía* contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca –UAESA–, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS.

Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca.

Se ordena a la Nueva EPS que, en futuras ocasiones, se abstenga de incurrir en conductas que supongan la imposición de barreras administrativas a los pacientes y que prolonguen su sufrimiento; que ejecute las siguientes medidas de reparación simbólica: (i) realice un acto público de desagravio en el que ofrezca disculpas a la familia de *Sofía* por las trabas impuestas en la práctica del procedimiento de eutanasia que significaron la prolongación del sufrimiento físico y psicológico de esta y de su familia, acto al cual deberán asistir, además, las directivas de la ESE Hospital San Vicente de Arauca y el Ministerio de Salud y Protección Social; y (ii) dote a la red de prestadores de esa entidad en el Departamento de Arauca de la infraestructura que permita garantizar el cumplimiento de la Resolución 1216/2015; de igual forma, para futuros casos y luego de verificar la idoneidad y el cumplimiento de los requisitos para realizar el procedimiento, se le ordena que haga las gestiones necesarias para trasladar a los especialistas al municipio de Arauca con el fin de garantizar la efectividad del derecho a morir dignamente cuando así sea solicitado; por último, que inicie las gestiones necesarias para brindar la asistencia médica psicológica para la familia de *Sofía* con el fin de dar tratamiento a las secuelas sufridas por la pérdida de su familiar.

Se ordena a la ESE Hospital San Vicente de Arauca que dote sus instalaciones de la infraestructura y de los médicos idóneos que permitan garantizar de manera efectiva las solicitudes de muerte digna, de tal manera que el cumplimiento de ese derecho fundamental atienda el principio de universalidad. En los casos en los que el médico encargado de realizar el procedimiento de eutanasia manifieste

su objeción de conciencia, deberá asignar de manera inmediata otro médico que continúe con el procedimiento, de conformidad con lo establecido en la Resolución 1216/2015.

Se ordena al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie las gestiones pertinentes para: (i) adoptar las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento y la correcta implementación de la Resolución 1216/2015, comenzando por la creación de un mecanismo eficaz para tener conocimiento de todos los casos de muerte digna desde el mismo momento en que el paciente lo solicite, y las demás medidas que estime pertinentes; y (ii) disponer lo necesario para que todas las EPS e IPS del país emitan una carta de derechos para los pacientes en la que se ponga en conocimiento público de los usuarios del sistema de salud sus derechos y deberes en lo concerniente al derecho fundamental a morir dignamente.

Se ordena a la Superintendencia Nacional de Salud que, en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, adopte las medidas necesarias para verificar la correcta implementación de la regulación del derecho fundamental a morir dignamente, de tal forma que las EPS e IPS del país cuenten con la infraestructura y el personal idóneo para garantizar de manera efectiva la práctica del procedimiento de eutanasia.

Se reitera el exhorto al Congreso de la República (sentencia T-970/2014) para que, en un término de dos años contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los inconvenientes que impiden una correcta aplicación en la práctica de lo regulado en la Resolución 1216/2015.

2.1. El estudio del presente caso deberá centrarse en las conductas desplegadas por la Nueva EPS que, al parecer, generaron la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a morir dignamente de *Sofía*, primero, al no garantizar de manera oportuna la realización del procedimiento de eutanasia debido a la falta de infraestructura del centro médico en el cual recibía la atención en salud; segundo, por no brindar la adecuada y oportuna ayuda psicológica a *Sofía* y su familia, durante y después de la práctica de dicho procedimiento; y tercero, ante la prolongación del sufrimiento físico y psicológico debido a la imposición de trabas administrativas no atribuibles a los usuarios del sistema de salud. Asimismo, deberá evaluarse si el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud vulneraron esos derechos fundamentales al no vigilar el adecuado cumplimiento de la Resolución 1216/2015 y no implementar las medidas necesarias para garantizar el acompañamiento y la prestación oportuna del procedimiento de eutanasia solicitado.

2.2. *Adriana* se presentó como agente oficiosa de su hija *Sofía*. Esta Sala encuentra que las circunstancias narradas en el escrito de tutela permiten inferir que la joven no puede acudir de manera directa ante el juez constitucional, debido a la grave enfermedad que padece, que la pone en una situación de indefensión y debilidad manifiesta. Por otra parte, se observa que la accionante actúa como agente oficiosa, pero a través de apoderado judicial. Ello no afecta su legitimación en este

asunto, pues aunque en principio podría inferirse que el poder puede ser otorgado directamente por *Sofía* sin necesidad de que actúe por medio de agente oficioso, ello no es posible dadas las especiales circunstancias que han sido narradas, pues es el grave estado de salud de la agenciada que le impide realizar el trámite notarial.

Por lo dicho, se estima que se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos para actuar como agente oficioso en sede de tutela.

2.3. Durante el trámite del proceso de amparo, se pueden presentar circunstancias que permiten inferir o acreditar que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron. Ellas generan la extinción del objeto jurídico de la tutela, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío, fenómeno que ha sido denominado como “carencia actual de objeto”, ya sea por hecho superado o por daño consumado. Este último tiene lugar cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho; en otras palabras, cuando la amenaza o la transgresión del derecho fundamental ya ha generado el perjuicio que se pretendía evitar con el mecanismo preferente de la tutela.

Teniendo en cuenta que se trata de un supuesto en el que se afectan de manera definitiva derechos fundamentales, esta Corte ha establecido que en estos casos resulta imperioso efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, con el fin de establecer correctivos y prever futuras violaciones.

A *Sofía* le fue realizado el procedimiento de eutanasia el 7 de enero de 2017 en la Clínica FOSCAL de Bucaramanga, el cual culminó al día siguiente con el fallecimiento de la joven.

Ahora bien, aunque el procedimiento de eutanasia requerido por la paciente fue llevado a cabo, existieron diferentes circunstancias que rodearon el asunto y que permiten concluir que a pesar de la realización del mismo, se generó el daño que pretendía evitarse con la acción de tutela. *Sofía* y su familia vieron prolongado su sufrimiento ante la imposición de diferentes trabas administrativas que al final se convirtieron en todo lo que ellos buscaron evitar al acudir al juez constitucional, esto es, la demora en la realización del procedimiento, la falta de ayuda psicológica antes y después de la práctica de la eutanasia, el abandono de su EPS y de las autoridades estatales, entre otras.

Visto esto, para la Sala es claro que en esta oportunidad se presenta una carencia actual de objeto por daño consumado, lo que hace imperioso el estudio de fondo del asunto y el pronunciamiento sobre la transgresión de los derechos fundamentales de la agenciada.

2.4. El deber del Estado de proteger la vida debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede respecto del consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. La decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado y que no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en las condiciones que

él escoge o hacerlo poco tiempo después en circunstancias dolorosas e indignas. Así, el derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Constitución (art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La relación directa entre el derecho a morir dignamente con los derechos a la salud y a la dignidad humana implica la posibilidad de la persona que atraviesa una enfermedad terminal de optar por dejar de vivir una vida con intensos dolores y sufrimientos.

La Resolución 1216/2015 establece que todo procedimiento de eutanasia debe garantizar la autonomía del paciente, la celeridad y la oportunidad en su realización, así como la imparcialidad de los profesionales de la salud que intervienen en el mismo. Para cumplir con tales presupuestos, se debe: (i) brindar el tratamiento paliativo que amerite la enfermedad, (ii) contar con la infraestructura adecuada que permita llevar a cabo el procedimiento, y (iii) conformar un comité que coordine todo lo necesario para llevar a cabo el procedimiento, y que cuente con un abogado y con médicos especialistas en la patología que padece el paciente, así como en psiquiatría o psicología.

2.5. *Sofía* y su madre habían solicitado la práctica de la eutanasia ante el Hospital San Vicente de Arauca el 3 de octubre de 2016, y cuatro días después este lo informó a la Nueva EPS. Recién un mes más tarde, el juez de única instancia ordenó a la Nueva EPS llevar a cabo el procedimiento, a pesar de lo cual esta incumplió lo dispuesto, y por ello el juez le impuso una sanción por desacato. Recién entonces, el 28 de diciembre de 2016, se realizó una reunión para llegar a solucionar el caso, ello por la intervención de la Defensoría Regional, pero en ningún momento se mostró voluntad para ir constituyendo el comité interdisciplinario. Por el contrario, la respuesta de la EPS siempre fue enfática y sesgada al señalar que no era posible acceder a la solicitud sin analizar u optar por otras posibilidades que ayudaran a la paciente. Además, manifestó que este era el primer caso que se le presentaba, como si la novedad del asunto le impidiera gestionar tal solicitud. En esa misma reunión, el Hospital San Vicente de Arauca informó que de los cuatro anesthesiólogos con los que cuenta, tres de ellos manifestaron su objeción de conciencia para realizar la eutanasia, mientras que uno no estaba en la ciudad, por lo que no se pudo conocer su posición sobre el particular.

Se acreditó que en la ciudad de Arauca no existía el soporte técnico necesario para realizar el procedimiento requerido, lo cual no justifica que la entidad no haya iniciado gestión alguna. Así, no es claro bajo qué parámetros se verificó el consentimiento de *Sofía*, cómo se constituyó el comité interdisciplinario, quiénes hicieron parte del mismo, cuál fue el acompañamiento médico y psicológico, y si el procedimiento de eutanasia se realizó conforme lo dispone la Resolución 1216/2015. El art. 7 de esta dispone que una de las funciones del comité es ordenar a la institución responsable del paciente la designación –en un término máximo de 24 horas– de un médico no objetor cuando el médico que debe practicar el procedimiento manifieste objeción; el art. 12 establece que una de las funciones de las IPS es garantizar que

existan médicos no objetores o permitir el acceso a quienes no sean objetores para la práctica del procedimiento; el art. 18 dispone que la objeción de conciencia solo pueden invocarla los médicos encargados de intervenir en este procedimiento y, en el evento de que estos médicos así lo hagan por escrito y ello esté debidamente motivado, el comité ordenará a la IPS que –dentro de las siguientes 24 horas– reasigne a otro médico que lo realice.

Lo cierto es que la mencionada objeción de los tres anestesiólogos no fue debidamente acreditada, ni tampoco que, luego de ello, se designara a otro médico para que cumpliera con el protocolo y procediera a la realización del procedimiento solicitado por *Sofía*. Esta es una traba más que debió padecer y que contrarió los parámetros establecidos en la Resolución 1216/2015.

2.6. Por el fuerte dolor que padecía y al ver cómo su cuerpo se deformaba por la inflamación que le causaba la enfermedad, *Sofía* y su familia decidieron aceptar el traslado a la ciudad de Bucaramanga. A la llegada a la Clínica FOSCAL el 6 de enero de 2017, *Sofía* tuvo que esperar varias horas para ser trasladada de la camilla de urgencias al área de hospitalización. La Clínica manifestó no conocer la solicitud del procedimiento de eutanasia y creer que había ingresado para manejo del dolor. Si la EPS autoriza un traslado, un tratamiento o un procedimiento, debe remitir la información sobre el servicio que autorizó y el fundamento de su solicitud, lo que no ocurrió en el caso. La EPS indicó que *Sofía*, pese a las gestiones adelantadas, falleció el 8 de enero de 2017, lo que contradice lo consignado en la historia clínica de la Clínica FOSCAL, en la que se registró que el 7 de enero de 2017 a las 3:30 pm se inició el procedimiento de eutanasia, el cual culminó el 8 de enero de 2017. Tal es el punto de desconocimiento de la Nueva EPS sobre el procedimiento realizado a la paciente que no tiene certeza de la realización del mismo, sino que afirma que la paciente murió en medio de las gestiones adelantadas por esa entidad.

Por otra parte, de las pruebas recaudadas no se pudo acreditar que durante y después de la práctica de la eutanasia, *Sofía* y su familia hayan recibido la ayuda psicológica adecuada. La Resolución 1216/2015 establece, en su art. 7, las funciones del comité interdisciplinario, entre las cuales está el acompañamiento psicológico, médico y social, de manera constante y durante las diferentes fases, para el paciente y su familia. En este caso, se incumplió dicha obligación, dado que en la historia clínica no obra anotación alguna sobre la prestación de ese servicio. Para esta Sala, esto significa una grave transgresión de los derechos fundamentales de la familia de *Sofía*.

Esta Sala pudo constatar que las actuaciones de la Nueva EPS, desde el momento de la remisión de la paciente a Bucaramanga, fueron producto de improvisación, y con ellas no solo se incumplió lo ordenado por el juez de única instancia, sino que se prolongó el sufrimiento físico y psicológico de *Sofía* y de su familia. La entidad no solo incumplió los términos establecidos en la Resolución 1216/2015 para llevar a cabo el procedimiento, sino que omitió prestar de manera adecuada el servicio solicitado por la paciente. Esta deficiente prestación del servicio se dio principalmente por la omisión de la valoración psicológica por parte de profesionales idóneos que brindaran un acompañamiento adecuado

en todo el proceso. Resulta inaceptable el actuar de la Nueva EPS, dado que si bien autorizó y ejecutó el traslado a Bucaramanga, no solicitó la historia clínica ni brindó el acompañamiento adecuado; y producto de la falta de información brindada a la Clínica FOSCAL, la paciente fue sometida a permanecer cinco horas en una camilla de la sala de urgencias y dos días adicionales con cuidados paliativos hasta que finalmente se realizó el procedimiento de eutanasia. Debió esperar más de dos meses desde el fallo de instancia para recibir el tratamiento y en ese interregno debió soportar numerosas trabas administrativas. La situación de *Sofía* era apremiante por el grave estado de su enfermedad, las condiciones en las que vivía y el dolor que padecía. El trámite al que fue sometida prolongó su sufrimiento y contrarió su voluntad de morir dignamente y en las condiciones en que ella lo deseaba, acompañada por su familia y en su hogar, vulnerando de ese modo su derecho fundamental a la salud, a una vida en condiciones dignas y a morir dignamente. En este caso, sucedió todo lo que la familia buscó evitar con el traslado a Bucaramanga. En su casa tenía las comodidades de un hogar digno, acompañamiento médico y control del dolor, rodeada de su familia y con mucho amor, pero en la clínica fue abandonada en el área de urgencias, en una camilla donde solo podía estar su madre, ya que sus hermanos debieron permanecer en las afueras del centro asistencial porque no los dejaban entrar. El respeto a la unidad familiar en tales circunstancias era de vital importancia, pues se trataba de los últimos momentos de vida de alguien que atravesó una difícil y dolorosa enfermedad, y que lo único que pedía era estar acompañada por su núcleo familiar, rodeada del apoyo y el amor necesarios en circunstancias tan apremiantes, y en un entorno que facilitara en algo esa difícil situación, que para ella era su hogar y no una sala de urgencias en una ciudad que no era su lugar de residencia.

Finalmente, no se entiende cómo la capital del Departamento de Arauca no cuenta con una institución dotada de la infraestructura adecuada y de los profesionales en oncología y psicología idóneos para garantizar de manera adecuada las solicitudes de muerte digna. Por ello, adoptará órdenes para que los habitantes de ese lugar afiliados a esa entidad no se vean sometidos a una situación similar como la que vivieron *Sofía* y su familia.

2.7.1. Las entidades estatales encargadas de la vigilancia y verificación del cumplimiento de la Resolución 1216/2015 son el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud.

2.7.2. El Ministerio de Salud y Protección Social tiene la obligación de garantizar la regulación, la implementación y la aplicación de las políticas del sector. Su tarea no se limita a la expedición de normas, sino que también debe verificar su efectivo acatamiento. Dicho organismo expidió la Resolución 1216/2015 que reguló el derecho a morir dignamente, consignando el procedimiento a seguir para llevar a cabo la práctica de la eutanasia. Asimismo, expidió la Resolución 4006/2016, por la que se creó el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social para controlar los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir con dignidad.

El art. 16 de la Resolución 1216/2015 exige al comité interdisciplinario enviar al Ministerio de Salud y Protección Social un informe sobre los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento para que esa entidad realice un control exhaustivo del caso. Sin embargo, ese control se refiere a los casos que alcanzan a llegar al comité, y en la práctica no existen mecanismos de control previo a la conformación del mismo, que es el punto en el cual se presentan las mayores vulneraciones y obstáculos a los pacientes. Eso fue precisamente lo que sucedió en esta ocasión, pues no es claro bajo qué parámetros y cómo se conformó el comité que acompañó el proceso de eutanasia de *Sofía*.

Tampoco es clara la regulación del procedimiento a seguir cuando una IPS, además de no contar con la infraestructura para garantizar el procedimiento, se encuentra en zonas geográficas apartadas o con poca disponibilidad de médicos especialistas.

El control del Ministerio debe comenzar a partir del momento en que el paciente lo solicita a su médico tratante, porque de lo contrario no tendrá conocimiento de las trabas administrativas impuestas a los usuarios, sino hasta un momento en que ya se haya generado un daño por la deficiente prestación del servicio, como en efecto sucedió en este caso.

2.7.3. La Superintendencia Nacional de Salud solicitó ser desvinculada de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela, dado que la vulneración alegada no proviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad. Señaló que se encarga de verificar el cumplimiento por parte de las EPS de lo reglamentado en la Resolución 1216/2015, principalmente, que cuenten con la red de prestadores, y que las IPS tengan habilitados los servicios y el personal idóneo según lo dispuesto en esa resolución.

En opinión de esta Corte, no está claro cómo esa labor ha sido efectiva para garantizar el derecho a morir dignamente, ya que en este caso la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia ha sido completamente nula. Uno de los principios a través de los cuales se garantiza de manera efectiva el derecho fundamental a la salud es el de la universalidad. La eficacia del derecho a morir dignamente debe atender ese principio, por lo que las entidades estatales encargadas de su cumplimiento deben velar por que en todo el territorio nacional se garanticen las condiciones para la prestación del servicio, lo que incluye verificar que las instituciones prestadoras de salud cuenten con la infraestructura y el personal idóneo para la práctica de la eutanasia.

Es obligación de este órgano de inspección, vigilancia y control constatar que el personal que presta ese servicio sea idóneo no solo en la especialidad de la patología que padece el paciente, sino en el acompañamiento psicológico para aquel y su familia, durante y después de la realización del procedimiento, dadas sus implicaciones. Sobre el particular, es preciso señalar que la consideración del dolor se ha limitado al dolor físico, sin tener en cuenta el moral y psicológico. De ahí la importancia de que la labor de las entidades estatales encargadas de la verificación del cumplimiento de la Resolución 1216/2015 no se limite al tratamiento de la enfermedad, sino a las secuelas psicológicas que esta puede acarrear.

2.8. En conclusión, esta Sala considera que la Nueva EPS y las entidades estatales encargadas de la verificación y vigilancia del adecuado cumplimiento de la Resolución 1216/2015 incurrieron en una grave vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de *Sofía*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por *Adriana* como agente oficiosa de su hija *Sofía*, contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca –UAESA–, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS, sentencia T-423/17 del 4-7-2017, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-423-17.htm>>.



MUERTE DIGNA. SUICIDIO ASISTIDO. PROHIBICIÓN. ENFERMOS TERMINALES. DERECHO A LA VIDA. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: Noel Douglas Conway es un ciudadano británico de 67 años que desde el año 2012 padece una enfermedad degenerativa terminal de las neuronas motoras (MND, por sus siglas en inglés). Se encuentra en silla de ruedas y necesita cada vez mayor asistencia en su vida cotidiana. Sus músculos respiratorios también cursan un proceso degenerativo, por lo que se agrava progresivamente su dificultad para respirar sin ventilación mecánica no invasiva.

Conway tiene una expectativa de vida de aproximadamente seis meses y expresó su deseo de optar por poner fin a su vida de una manera digna en el momento en que lo considere necesario mediante la asistencia de un profesional que le prescriba una medicación que él mismo pueda administrarse. En su opinión, los métodos alternativos de suicidio no asistido son inhumanos e inaceptables y, además, pueden resultar muy angustiantes para sus seres queridos.

Conway sostuvo que la prohibición general de proveer asistencia al suicidio establecida en el art. 2 de la *Suicide Act* (en adelante, ley) constituye una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Propuso entonces que, a fin de que el derecho garantizado en el art. 8 CEDH sea respetado, se modifique la prohibición establecida en el art. 2 de la ley referida de forma que las personas que están en situaciones similares a la suya puedan recibir asistencia para poner fin a su vida por sí mismas. Además, formuló una alternativa a la prohibición establecida en el art. 2.1 de la ley manifestando que la misma no debería aplicarse si la persona es mayor de 18 años; si se le ha diagnosticado una enfermedad terminal y un pronóstico de vida de seis meses o menos; si tiene la capacidad mental para decidir si desea recibir asistencia o morir; si ha tomado una decisión clara e informada en cuanto a su voluntad de recibir asistencia para poner fin a su vida y si está capacitada para llevar a cabo las acciones necesarias para producir su muerte, asistida por una tercera persona. Asimismo, Conway planteó las siguientes garantías procesales: la persona interesada deberá solicitar asistencia por escrito para quitarse la vida; el médico tratante deberá consultar con un médico independiente,

quien deberá confirmar que se cumplen los criterios sustantivos después de haber examinado al paciente; la asistencia al suicidio será provista con el debido cuidado médico y será presentada a un órgano competente. Asimismo, Conway propuso que el permiso para la provisión de la asistencia en cuestión debería ser autorizado por un juez de la *High Court*, quien debería analizar las pruebas y decidir si en el caso concreto se cumplen los criterios sustantivos.

Conway solicitó entonces a la *High Court of Justice* que declarara la incompatibilidad del art. 2 de la ley con el art. 8 CEDH.

2. Sentencia: el art. 2 de la ley se compadece con lo establecido en el art. 8 CEDH. Por ello, se rechaza la presente solicitud de declaración de incompatibilidad.

Conway plantea que sus derechos garantizados por el art. 8 CEDH exigen la modificación de la prohibición establecida en el art. 2 de la ley para permitir que terceras personas puedan proveerle asistencia para poner fin a su vida. No obstante, cabe observar que no alega que la compatibilidad con el art. 8 convencional exigiría la modificación de la ley de modo que permita que terceras personas pongan fin a la vida de otras personas (eutanasia).

Por su parte, el Secretario de Estado sostiene que el art. 2 es compatible con el art. 8 CEDH y que dicha compatibilidad fue confirmada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Nicklinson v. United Kingdom* (2015). En particular, afirma que el criterio adoptado en el art. 2 es necesario en una sociedad democrática en tanto constituye una medida indispensable para la protección de la salud, la moral y los derechos de los demás. Agregó que si bien el art. 2 establece una prohibición general, lo cierto es que el Parlamento tiene atribuciones para considerar que esta constituye una medida que garantiza el debido respeto a la santidad de la vida.

En este sentido, el presente caso plantea cuestiones diferentes a las de dos de los tres casos examinados en *Nicklinson*. En efecto, dos de los allí recurrentes –Nicklinson, quien falleció en el transcurso del proceso, y Lamb– sufrían una discapacidad física irreversible conocida como “síndrome de enclaustramiento”, que los había reducido a la inmovilidad total, aunque permanecían en su sano juicio y conscientes de su situación. Nicklinson había quedado en esa condición como consecuencia de un derrame cerebral, y Lamb, a resultas de un accidente automovilístico. Ambos se encontraban imposibilitados de poner fin a su vida incluso con la asistencia de terceros. La idea de construir un dispositivo especial activado con un movimiento mínimo de los párpados para poder inyectarse una dosis mortal de drogas fue descartada por la Suprema Corte. Sin embargo, ellos pretendían que se declarara la incompatibilidad entre sus derechos garantizados en el art. 8 CEDH y la ley que prohíbe dar muerte voluntariamente a otro ser humano.

Para evaluar la eventual incompatibilidad entre el art. 2 de la ley en cuestión y el art. 8 convencional, es necesario determinar si la primera de estas normas puede justificarse en términos de la segunda como medida tendiente a la consecución de uno o más de los objetivos a que esta alude, y si la restricción que impone a un derecho es proporcional a la búsqueda del logro de dichos objetivos. En consecuencia, las cuestiones a decidir son las siguientes: a) ¿el objetivo perseguido

por el legislador es suficientemente importante como para justificar la limitación de un derecho fundamental?; b) ¿las medidas que han sido diseñadas para promoverlo están racionalmente vinculadas a él?; c) ¿son ellas las menos restrictivas que existen en términos del mencionado derecho?; y d) ¿establecen ellas un equilibrio entre los derechos de la persona y los de la comunidad?

Si bien en *Nicklinson* la Suprema Corte desarrolló una discusión significativamente valiosa de estos asuntos, esta *High Court* no está obligada a resolver el presente caso fundándose en dicha sentencia. En efecto, al tiempo de resolver ese caso, la Suprema Corte estaba al tanto de que en el Parlamento se estaba debatiendo una ley específica. El Parlamento tuvo la oportunidad de modificar el art. 2 impugnado, pero optó por mantenerlo en vigencia, sin introducirle modificación alguna, adoptando un criterio específico en relación con este tema. Por ello, esta *High Court* considera que la presente situación difiere marcadamente de la que existía en el momento de resolver el caso *Nicklinson*.

Por otra parte, resulta apropiado identificar la protección de la santidad de la vida en tanto perspectiva moral de la importancia de la vida humana como uno de los objetivos promovidos por el art. 2. Independientemente de *Nicklinson*, muchas de las sentencias que abordaron el tema de si la prohibición general establecida en el art. 2 está justificada reconocieron que en esta cuestión están comprometidos temas morales y éticos propios de una democracia.

A esta altura del análisis, es preciso señalar dos puntos que revisten particular importancia. En primer lugar, la proporcionalidad de la prohibición general establecida en el art. 2 –especialmente teniendo en cuenta la finalidad que persigue de proteger a los débiles y vulnerables– fue confirmada en el caso *Pretty* por la Cámara de los Lores y por la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con una persona que sufre, como el aquí recurrente, MND. Lo cierto es que desde el dictado de aquella sentencia, solo se han producido dos cambios relevantes: a) el Parlamento ha revisado nuevamente el art. 2 y en 2009 lo ha vuelto a aprobar, rechazando desde entonces toda propuesta de reforma; y b) las pruebas aportadas demuestran la existencia de cuidados paliativos que pueden hacer que el proceso de muerte de Conway y de cualquier otra persona que sufre de MND sea mucho menos angustiante de lo que parece haber sido el del caso *Pretty*.

Cabe destacar que la protección del derecho a la vida de los débiles y vulnerables es un objetivo que tiene una gravitación significativa en cualquier ponderación de si se ha realizado un balance adecuado de los intereses contrapuestos. La falta de consenso entre los Estados Miembros del Consejo de Europa en cuanto al criterio a ser adoptado para poner en equilibrio los intereses de los individuos y el interés de la comunidad en general sigue existiendo y es un factor adicional indicativo de que la decisión adoptada por el Parlamento cae dentro de su margen de apreciación y de discrecionalidad.

En segundo lugar, la circunstancia de que Conway fallecerá pronto y las pruebas de la existencia de cuidados paliativos que hasta entonces pueden brindársele indican que sus intereses se hallan menos afectados negativamente que en el caso *Nicklinson* por la injerencia en sus derechos garantizados por el art. 8 convencional que surge del art. 2. El interés público en mantener el art. 2

en vigencia también está presente en este caso con el mismo peso. Sin embargo, Conway y las personas que están en sus mismas condiciones tienen una menor carga para lograr la protección de dicho interés. El equilibrio logrado en el art. 2 de la ley interna entre el interés general de la comunidad y el particular de Conway claramente resulta adecuado. Por otra parte, también es cierto que la decisión adoptada por el Parlamento resulta equitativa. Resulta legítimo que el legislador intente establecer estándares claros y defendibles a fin de proveer una orientación a la sociedad que evite controversias angustiantes y difíciles en el momento final de la vida y de impedir que se generen circunstancias que, con el transcurso del tiempo, amplíen las categorías de personas a las que deba brindárseles una asistencia al suicidio como la aquí solicitada.

HIGH COURT OF JUSTICE DEL REINO UNIDO, *Noel Douglas Conway v. The Secretary of State for Justice and Others*, sentencia del 5-10-2017, en <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/10/r-conway-v-ssj-art-8-right-to-die-20171006.pdf>>.



MUJER. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE EMBARAZO. **EDUCACIÓN.** DERECHO A LA EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. EXCLUSIÓN DE MUJERES EMBARAZADAS. **DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** SISTEMA DIFUSO. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE PROCEDENCIA (Perú).

1. Antecedentes del caso: Yolanda Honorata Villanueva Gavilán interpuso una acción de amparo a favor de su hija menor de edad Andrea Celeste Álvarez Villanueva contra el Ministro de Defensa, Jaime Thorne León; el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Defensa; el Comandante General de la Fuerza Aérea del Perú (en adelante, FAP), Carlos Samamé Quiñones; el Director de la Escuela de Oficiales de la FAP, Rodolfo García Esquerre, y el procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la FAP.

En ella denunció la violación de los derechos a la igualdad, a no ser discriminada y a la educación de su hija, y solicitó su reincorporación a la Escuela de Oficiales de la FAP en su condición de cadete.

Manifestó que su hija había participado en el proceso de admisión 2011 convocado por la Escuela de Oficiales de la FAP y que había aprobado todos los exámenes, por lo que había alcanzado una vacante en el cuadro de méritos; y por ello fue admitida en su condición de cadete FAP. Un mes más tarde, el Director de la Escuela de Oficiales de la FAP le informó sobre el estado de gestación de su hija y que sería dada de baja. Días después, recibió una carta notarial por la que se le comunicó que, al no cumplir la cadete con lo establecido en el art. 26 del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas aprobado mediante Decreto Supremo (DS) N° 001-2010-DE/SG, se le solicitaba su retiro de la Escuela junto con sus pertenencias, materializándose

el externamiento dos días después. Villanueva Gavilán alegó que el embarazo de una cadete no constituye un supuesto de prohibición válido que limite el ejercicio del derecho a la educación de las mujeres.

El procurador público del Ministerio de Defensa opuso una excepción de falta de legitimidad para obrar, ya que los actos alegados como vulneratorios habían sido realizados por la FAP. Señaló que la causal de inaptitud psicofísica de origen psicosomático se encuentra reconocida en la ley, que su aplicación es pertinente para el caso y que, además, la misma aspirante había solicitado su baja.

El procurador público de la FAP, por su parte, opuso excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Alegó que la carta notarial remitida a la accionante no había sido cuestionada en sede administrativa, y que no se había demostrado que se tratara de un caso que pudiera tornarse irreparable si se acudía a la vía contencioso-administrativa.

El Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Este de la Corte Superior de Justicia de Lima (CSJL) declaró infundadas todas las excepciones opuestas fundándose en que: (i) los hechos alegados coincidían con la afectación de los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación; por tanto, como juez constitucional sí tenía competencia legal en razón de la materia para avocarse al conocimiento de la causa; (ii) dado que la demandante se encontraba domiciliada dentro del ámbito territorial del Juzgado, también tenía competencia en razón del territorio para conocer de la acción; (iii) la separación de Andrea Celeste Álvarez Villanueva se había producido dos días después de la recepción de la carta notarial que se le había cursado y el mismo día en que se expidió la Resolución Directoral N° 1724-COPER a través de la cual le dieron de alta con eficacia anticipada, enervando con ello la exigencia de agotar la vía administrativa, pero sobre todo porque dicha carta notarial no puede ser entendida como un acto administrativo de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la Ley N° 27.444; y (iv) si bien los hechos que constituyen el fundamento fáctico de la acción de amparo acontecieron en el desempeño de labores de la FAP, también es cierto que la FAP es un órgano de ejecución del Ministerio de Defensa, por lo que es perfectamente posible el emplazamiento de este. Por tanto, declaró saneado el proceso y la existencia de una relación procesal válida. Asimismo, declaró fundada la acción por considerar, esencialmente, que el embarazo no es un hecho que pueda limitar o restringir el derecho a la educación, ni tampoco puede constituir causal de infracción o falta en el ámbito educativo.

La Sala Mixta Transitoria de Ate de la CSJL confirmó la sentencia recurrida en el extremo que desestimó las excepciones y, revocándola en los demás extremos, reformó la apelada declarando improcedente la acción por considerar que la controversia debe plantearse en un proceso más amplio que cuente con etapa probatoria.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda y, en consecuencia, inaplicables al caso los arts. 42, inc. e) y 49, inc. f) del Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG; por lo tanto, se deja sin efecto la Resolución Directoral N° 1724-COPER, de fecha 5 de mayo de 2011, en lo que a la baja de Andrea Celeste Álvarez Villanueva respecta, y la carta notarial de fecha 3 de mayo de 2011 suscripta por el Director de la Escuela de Oficiales de la FAP.

Se dispone que la Escuela de Oficiales de la FAP reponga a Andrea Celeste Álvarez Villanueva en su condición de cadete o alumna.

Se ordena a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas que en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 138 de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad.

Se exhorta al Ministerio de Defensa para que modifique el Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG, de conformidad con lo establecido por este Tribunal en la presente sentencia.

El petitorio está orientado a que se deje sin efecto la carta notarial, la Resolución Directoral N° 1724-COPER a través de la cual se dio de baja a Álvarez Villanueva y, en consecuencia, se disponga su reincorporación a la Escuela de Oficiales de la FAP, por encontrarse afectados sus derechos a la igualdad, a no ser discriminada y a la educación.

2.1. El Tribunal verifica que la separación y externamiento de Álvarez Villanueva se produjo dos días después de la recepción de la carta notarial que se le cursó a su progenitora indicándole que debía ser retirada de la Escuela por haber incumplido el art. 26 del DS N° 001-2010-DE/SG, y el mismo día en que se expidió la Resolución Directoral N° 1724-COPER, a través de la cual se le dio de baja con eficacia anticipada a partir del 14 de marzo de 2011, día que fue admitida en la Escuela.

El Tribunal observa que la Escuela de Oficiales de la FAP al momento de fundamentar su decisión tomó como razón legal el referido art. 26 [*Son requisitos para los postulantes a los Centros de Formación los siguientes: (...) c. No encontrarse en estado de gestación durante el Proceso de Admisión*], sin considerar que para la fecha la recurrente ya había sido admitida en el Centro de Formación, es decir, ya tenía la condición de cadete o alumna de conformidad con lo señalado en el art. 36 del Reglamento [*Los postulantes que hayan alcanzado vacante en los procesos de admisión a los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, tienen el grado militar de cadetes y/o alumnos (...)*], por lo que su decisión de separar a la demandante al encontrarse en estado de gestación debió basarse en las razones legales establecidas en los arts. 42, inc. c) y 49, inc. f) del DS N° 001-2010-DE/SG.

La controversia aquí planteada está vinculada con el embarazo y su prohibición como condición para mantener el estatus de cadete y no ser dada de baja. El acto alegado como inconstitucional proviene de la Escuela de Oficiales de la FAP, que dispuso darle la baja debido a su estado de gestación. Así, es pertinente que este Tribunal se pronuncie sobre la validez constitucional de dicho acto, realizando, para el efecto, un control de constitucionalidad de los arts. 42, inc. e) y 49, inc. f) del DS N° 001-2010-DE/SG.

2.2. La acción de amparo fue promovida por la madre de Álvarez Villanueva, toda vez que en el momento en que sucedieron los hechos alegados como

inconstitucionales, esta aún tenía diecisiete años de edad. Adquirida la mayoría de edad, se apersonó al proceso y el Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Este de la CSJL la tuvo por apersonada.

El amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas (art. 45 del Código Procesal Constitucional –CPC–); no obstante, el art. 46 CPC plantea excepciones, *vgr.*, no será necesario agotar la vía previa cuando “1. Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida”. La separación y externamiento se produjo dos días después de la recepción de la carta notarial ya mencionada, y el mismo día en que se expidió la Resolución Directoral N° 1724-COPER, día en que fue admitida en la Escuela. Así, el acto alegado inconstitucional consiste en la expedición de la referida resolución, cuyo contenido fue ejecutado de manera inmediata, toda vez que en la fecha del acto la accionante ya se encontraba fuera de la Escuela, con lo que sus posibilidades de cuestionamiento en sede administrativa quedaron nulas por haberse consumado el acto presuntamente violatorio. En tal sentido, en el caso de autos, no es posible exigir el agotamiento de la vía previa de conformidad con el art. 46, inc. 1 CPC.

La Defensoría del Pueblo se presentó al proceso para intervenir en calidad de *amicus curiae*, lo que fue admitido por el juzgado interviniente, y ratificado por este Tribunal.

La recurrente solicitó una medida cautelar innovativa, que le fue concedida por el juzgado, disponiendo que se la reincorpore provisionalmente a la Escuela de Oficiales de la FAP en condición de cadete aspirante. Por tanto, la recurrente viene cursando sus estudios tal como consta en autos.

2.3. La demandante alegó que la prohibición impuesta a las mujeres en estado de gestación de formarse en Centros de Formación de las Fuerzas Armadas constituye una causal de discriminación que, a su vez, limita el ejercicio del derecho a la educación.

El procurador público del Ministerio de Defensa alegó que la causal de inaptitud psicofísica de origen psicosomático (embarazo) se encuentra debidamente reconocida en la ley, de ahí que su aplicación es pertinente para el caso, y agregó que debe tenerse en cuenta que la misma aspirante había solicitado su baja. Por su parte, el procurador público de la FAP refirió que la pretensión debió ser promovida en la vía administrativa, toda vez que está demostrado que no se trata de un caso que pudiera tornarse irreparable al transitar la vía ordinaria.

La Defensoría del Pueblo advirtió: a) que el poder autonormativo de las FF.AA. no es absoluto, sino que debe ser ejercido en armonía con los principios constitucionales; b) que nada autoriza a las FF.AA. a emitir normas al margen del respeto de los derechos fundamentales, y c) que los arts. 26, 49, 134 y 135 del DS N° 001-2010-DE/SG violan el derecho de igualdad y el principio de no discriminación por sexo, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la educación y los derechos reproductivos de las mujeres.

2.4. En el Estado constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, que encuentra reconocimiento en los textos constitucionales y que las autoridades

tienen el deber de materializar con hechos concretos. Como tal, tiene el deber de combatir las desigualdades de manera efectiva. Por ello, además del reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razón del sexo, ha constitucionalizado otras obligaciones, como el deber del Estado de ofrecer una especial protección a las madres (art. 4), el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (art. 6), el principio de igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (art. 26) y el deber de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (art. 191).

2.5. El art. 2, inc. 2 de la Constitución reconoce el principio-derecho de igualdad. Este Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley. La igualdad jurídica presupone dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual, sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario.

2.6. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo incluye tanto la prohibición de discriminación directa (es inconstitucional la norma que dispense un trato de género diferente y perjudicial) como la indirecta (resulta del tratamiento jurídico formalmente neutro, pero que deriva en consecuencias desiguales y perjudiciales sobre los miembros de uno u otro sexo). Este tipo de discriminación comprende también a aquellos tratos peyorativos vinculados inequívocamente al sexo de una persona, *u. gr.*, el embarazo, supuesto en el cual la protección de la mujer —además de la condición en sí y el vínculo con los hijos— se extiende a la faz educativa y laboral, entre otras. Por ello, la prohibición de acceso a la educación o la expulsión de una estudiante por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, que excluye la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

2.7. El derecho a la educación se encuentra contemplado en los arts. 13 y 14 de la Constitución y en diferentes instrumentos internacionales (art. 26, inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 13, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 10 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer). Se trata de un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, y permite a las personas participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades; desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la

explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Es a través de este derecho que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social.

Este Tribunal ya ha señalado que el embarazo de una cadete o alumna no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación; en tal sentido, ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada puede, ni explícita ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta al embarazo. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o particular puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de embarazo. La separación de una cadete o alumna por causal de embarazo vulnera sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, debido a que es una medida que tiende a impedir el ejercicio de la maternidad y a restringir injustificadamente el medio idóneo para alcanzar su desarrollo integral.

2.8. Este derecho encuentra reconocimiento en el art. 2, inc. 1 de la Constitución (toda persona tiene derecho a su libre desarrollo); si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo. Además, garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad, y en su reconocimiento subyace el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual la libertad natural del ser humano se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales. Por tanto, las decisiones de estudiar la carrera militar como opción profesional y ejercer la maternidad forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida en que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.

2.9. El control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (art. 138). Es un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. En lo que al caso respecta, se ha precisado que el acto alegado como inconstitucional proviene de la Escuela de Oficiales de la FAP, que en aplicación de disposiciones legales contenidas en el DS N° 001-2010-DE/SG (arts. 42 y 49), dispuso dar de baja a la cadete aspirante Álvarez Villanueva por causal de estado de gestación. En tal sentido, para pronunciarse sobre la validez constitucional de

dicho acto, es necesario hacer un control de constitucionalidad de las disposiciones contenidas en el referido decreto supremo.

Cabe recordar aquí los criterios a seguir para proceder al control judicial difuso de constitucionalidad sentados en la jurisprudencia de este Tribunal:

1. Debe verificarse si en el caso se aplica o amenaza aplicar (art. 3 del Código Procesal Constitucional) una norma legal autoaplicativa (aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada), o si en el acto cuestionado se ha aplicado una norma legal que se impugna como inconstitucional. El Tribunal observa que los arts. 42 y 49 del DS N° 001-2010- DE/SG constituyen un caso de normas autoaplicativas, disposiciones que son inconstitucionales y lesionan derechos fundamentales desde su entrada en vigencia, pues establecen un trato diferente y perjudicial en función del sexo y de circunstancias que tienen una relación inequívoca con el género femenino (embarazo). Tal trato diferenciado injustificado impide el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales, como el de educación y el de libre desarrollo de la personalidad. En el caso, la demandante ve frustrada la posibilidad de concretar la carrera elegida, pues su condición de mujer embarazada le impide acceder a cierta opción educativa para alcanzar su desarrollo personal; y el Estado, en lugar de eliminar las diferencias culturalmente creadas, las legitima y formaliza expidiendo normas como las sometidas a control. Como consecuencia de ello, su proyecto de vida –trazado de manera autónoma y libre– se ve truncado por una decisión externa irrazonable y contraria al orden constitucional. Dichas disposiciones también impiden que Perú cumpla con sus obligaciones internacionales, contraviniendo lo dispuesto por art. 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

2. El control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes; también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes. Los arts. 42 y 49 del DS N° 001-2010-DE/SG guardaban una relación directa con las circunstancias fácticas en las que se encontraba la demandante, pero sobre todo con las razones que motivaron la decisión relativa a su baja.

3. Es preciso que se encuentre acreditado que la aplicación de la ley haya causado o pueda causar un agravio directo, pues de otro modo el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse vía amparo, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso. Como consecuencia de la RD N° 1724- COPER, la demandante fue dada de baja prohibiéndosele continuar su carrera militar. Con ello, su derecho a no ser discriminada por razón del sexo ha sido afectado, así como también su derecho a la educación, dado que se le prohíbe inconstitucionalmente formarse profesionalmente para la vida, y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto su proyecto de vida se vio truncado. La recurrente solicitó una medida cautelar innovativa, que fue concedida

por el Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Este de la CSJL, disponiendo que sea reincorporada provisionalmente a la Escuela de Oficiales de la FAP en condición de cadete aspirante, y así ha venido cursando sus estudios. No obstante, alcanzó tal situación después de un año de que había sido admitida en el Centro de Formación de la FAP, es decir, perdió un año de estudios. Este Tribunal debe resolver la controversia planteada a fin de que la medida provisional adoptada por las instancias precedentes quede definida y, en particular, la situación académica de la demandante.

4. El control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de disposiciones legales cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia “especializada”. Las disposiciones legales que vienen siendo objeto de control son normas infralegales, de ahí que el Tribunal se encuentre impedido de realizar un control abstracto de constitucionalidad sobre las mismas. No obstante, este Tribunal ha dictado sentencias en el marco de procesos de tutela de derechos fundamentales donde ha sido enfático en señalar que el embarazo constituye una causal de discriminación hacia las mujeres que no resiste legitimidad en un Estado constitucional: mayor razón para que en el presente caso se pronuncie sobre las disposiciones legales contenidas en el DS N° 001-2010-DE/SG, al constituir un acto de discriminación directa.

5. Dadas las consecuencias que el ejercicio del control difuso puede tener sobre las leyes, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última *ratio* a la que un juez debe apelar, habida cuenta de que “los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”. El Tribunal observa que los arts. 42 y 49 del DS N° 001-2010- DE/SG son normas de estructura cerrada cuya determinación semántica es clara en la medida en que constituyen mandatos concretos y, por tanto, no resisten interpretación; en tal sentido, dado que las disposiciones legales cuestionadas son mandatos concretos, no habría margen para atribuirles un sentido interpretativo diferente a fin de salvar su constitucionalidad.

6. Debe verificarse si la norma legal objeto de control difuso de constitucionalidad es manifiestamente incompatible con la Constitución, y si es así, disponerse su inaplicación al caso concreto. Al hacerlo, debe identificarse el contenido constitucionalmente protegido y la manifiesta incompatibilidad de la norma legal respecto de aquel, procedimiento en el que es importante superar el control de proporcionalidad a fin de argumentar correctamente la decisión judicial.

Por las razones expuestas precedentemente, ha quedado demostrado que las normas en cuestión son abiertamente incompatibles con la Constitución, en particular, con los derechos a la igualdad y de no discriminación, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, esta afirmación no exime al Tribunal de llevar a cabo un control de proporcionalidad sobre las mismas.

2.10. Los arts. 42, inc. c) y 49, inc. f) del DS N° 001-2010-DE/SG señalan a la “prohibición de estado de gestación” como condición para mantener el estatus

de cadete o alumna de un Centro de Formación de las FF.AA. y no ser dada de baja. Dicha medida estatal restringe a las mujeres sus derechos a la no discriminación por razón del sexo, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, habrá que contrastar dicha conclusión a través de un análisis de proporcionalidad.

1. Este Tribunal entiende que el objetivo de la restricción es que las cadetes o alumnas de un Centro de Formación de la Fuerzas Armadas alcancen una preparación integral, es decir, una adecuada formación académico-militar que obligatoriamente exige un alto desempeño y logros físicos, dada la naturaleza militar de la educación. Tal objetivo tiene como fin contribuir de manera efectiva en un futuro inmediato al óptimo funcionamiento de las instituciones militares que tienen el deber constitucional de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (art. 165 de la Constitución), así como también controlar el orden interno durante los estados de emergencia (arts. 137 y 165), coadyuvando, con ello, a la defensa nacional (art. 168). Por tanto, siendo el fin de la restricción contribuir en un futuro inmediato al óptimo funcionamiento de las instituciones de las FF.AA. para que estas cumplan con su deber constitucional de defensa nacional, hay una finalidad constitucionalmente válida que ampara su adopción.

2. El estado de gestación no coloca a la mujer en las mismas condiciones físicas que tiene una persona que no se encuentra embarazada, no porque el embarazo sea sinónimo de enfermedad o discapacidad, sino porque en el primer trimestre de gestación se requiere que la madre procure cuidados en su salud física a fin de no incidir negativamente en la salud del concebido que se encuentra en la etapa más determinante de su formación. La preparación militar exige un alto rendimiento físico que bien podría colocar en estado de riesgo a la salud de una embarazada. Y si el objetivo de la restricción es formar a personas de manera integral, pero con especial énfasis en las condiciones físicas, a fin de contribuir en un futuro inmediato al óptimo funcionamiento de las FF.AA., cuya finalidad institucional está vinculada a la defensa nacional, una persona que se encuentre en estado de gestación probablemente no alcance tal cometido. Con ello, el medio empleado (“prohibición del embarazo”) efectivamente ayuda a cumplir el objetivo y, por tanto, a alcanzar la finalidad perseguida.

3. El objetivo de la restricción es que la cadete o alumna de un Centro de Formación de las FF.AA. alcance una preparación integral, lo que puede lograrse al finalizar el proceso de gestación y así alcanzar el alto nivel de rendimiento físico exigido. Una medida como suspender a la cadete hasta que termine su embarazo o durante un plazo razonable es una alternativa que no interfiere en grado alguno en los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, y que también permite alcanzar el objetivo buscado. En consecuencia, la “prohibición de estado de gestación” como condición para mantener el estatus de cadete o alumna de un Centro de Formación de las FF.AA. y no ser dada de baja no puede ser considerada como una medida estrictamente necesaria para alcanzar el objeto y la finalidad señalados, toda vez que existe otra alternativa menos gravosa que también lo permite. Por tanto, al no superar el examen de necesidad la medida restrictiva examinada, carece de sentido que se incida en un análisis de proporcionalidad en sentido estricto por tratarse de una medida inconstitucional.

2.11. Está probado que la demandante fue dada de baja de la Escuela de Oficiales de la FAP por encontrarse en estado de gestación. Para este Tribunal, dicha decisión constituye un acto discriminatorio que busca estigmatizar a las aspirantes y cadetes o alumnas de los Centros de Formación de las FF.AA. por su estado de embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción inconstitucional.

En tal sentido, corresponde inaplicar al caso los arts. 42, inc. e) y 49, inc. f) del DS N° 001-2010-DE/SG por ser contrarios a la Constitución.

Nota de Referencia Extranjera: el magistrado Urviola Hani precisó que en autos consta la solicitud de baja firmada por Álvarez Villanueva, quien alegó haberlo hecho siendo menor de edad y bajo presión, por lo que pretende que no se dé valor a dicho documento. En ese momento, contaba con 17 años y 8 meses de edad, por lo que era relativamente incapaz (conf. art. 44, inc. 1 del Código Civil –CC–). Esta circunstancia hace que este acto sea anulable (art. 221, inc. 1 CC), a lo que hay que añadir la coacción alegada (vicio de la voluntad). Todo ello no corresponde ser dilucidado en el proceso de amparo, por lo que este, si nos fijamos solo en dicha solicitud de baja, merecería haber sido declarado improcedente, de conformidad con el art. 9 CPC. Sin embargo, obra en autos la carta notarial, que es posterior a la solicitud de baja. En dicha carta no se hace referencia a la mencionada solicitud de baja, sino al estado de gravedad de la demandante, lo cual permite concluir que fue este, y no el pedido de baja, lo que determinó la separación de la demandante de la Escuela de Oficiales. Siendo esto así, resulta indiferente la existencia de la solicitud de baja y justifica un pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional. Por último, no considera que el art. 6 de la Constitución contenga el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las “libertades reproductivas”; antes bien, señala el deber del Estado de “difundir y promover la paternidad y maternidad responsables” y de “asegurar los programas de educación y formación adecuados y acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”. El magistrado Sardón de Taboada, por su parte, sostuvo que la sentencia en mayoría declara fundada la demanda por considerar que la recurrente fue separada de la Escuela de Oficiales de la FAP por motivo de su embarazo. Sin embargo, entiende que dicha conclusión no se sustenta en una lectura integral de los medios probatorios contenidos en el expediente, porque: a) consta que Álvarez Villanueva solicitó voluntariamente su baja por encontrarse en estado de gestación, decisión que contó con el asentimiento de su madre; b) la nombrada ha manifestado que firmó bajo coacción y su madre señaló que no suscribió el documento de fs. 95 por considerarlo ilegal, dando a entender que la rúbrica allí contenida fue adulterada. Para verificar la veracidad de dichas afirmaciones, es necesario acudir a la vía judicial ordinaria porque, de conformidad con el art. 9 CPC, no es posible realizar actividad probatoria compleja dentro del proceso de amparo. A su criterio, la sentencia en mayoría salta muy apresuradamente a la conclusión de que la demandante habría sufrido discriminación. Sustenta ello en argumentos conceptuales frondosos, más que en pruebas que obren en el expediente. Por tanto, vota a favor de declarar improcedente la demanda, en aplicación del art. 5, inc. 2 CPC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, exp. 00388-2015-PHD-TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por Andrea Celeste Álvarez Villanueva contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Transitoria de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia del 9-12-2015, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01423-2013-AA.pdf>>.



ORDEN PÚBLICO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DEBER DE OBEDIENCIA CIVIL. DERECHO AL AGUA (INDIA).

1. Antecedentes del caso: los estados de Karnataka y Tamil Nadu se han disputado durante décadas los derechos por el agua del río Cauvery. El 5 de septiembre de 2016, la Suprema Corte de la India determinó que el estado de Karnataka debía compartir 15.000 pies cúbicos de agua por segundo durante diez días con el estado de Tamil Nadu. Dicha orden judicial desató actos de vandalismo y saqueos en varias partes de Karnataka —en especial, en Bangalore, centro tecnológico de la India, Mandya, Mysore y Hassan—, que paralizaron la vida normal de la ciudadanía y destruyeron propiedades tanto públicas como privadas. El estado de Karnataka, entonces, apeló dicha decisión alegando no solo los disturbios mencionados, sino también la circunstancia de que no tiene suficiente agua como para compartir con Tamil Nadu, estado en el que, en su opinión, no hay escasez de la misma.

2. Sentencia: se modifica la orden del 5 de septiembre de 2016. El estado de Karnataka deberá compartir 12.000 pies cúbicos de agua por segundo con el estado de Tamil Nadu hasta el 20 de septiembre del corriente año.

El Ejecutivo tiene la obligación de velar por que se cumpla la letra y el espíritu de una orden judicial. Asimismo, cuando un tribunal dicta una orden, los ciudadanos tienen el deber sagrado de obedecerla y deben hacer uso de los recursos legales establecidos a fin de presentar reclamos.

Ahora bien, el letrado representante del estado de Karnataka argumenta que el total de las reservas de agua en su territorio es menor que el del estado de Tamil Nadu y que la orden dictada por esta Corte el 5 de septiembre de 2016 debería quedar en suspenso y modificarse; de lo contrario, en Karnataka podría faltar agua potable y para riego.

Por su parte, el estado de Tamil Nadu argumenta que la disminución en las reservas de agua en el estado de Karnataka no se debe, como afirma este, a la descarga hacia Tamil Nadu, sino a su propio consumo. Además, sostiene que Karnataka no tiene derecho a desobedecer una orden judicial.

Esta Corte espera que los habitantes de ambos estados actúen respetando la ley y el orden, y recuerda que el Ejecutivo de ambos territorios tiene la obligación constitucional de procurar que ambos prevalezcan. Los representantes de ambos estados se comprometen a solicitarlo a través de las autoridades competentes de sus respectivas jurisdicciones.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *State of Tamil Nadu versus State of Karnataka & Ors.*, sentencia del 12-9-2016, en <http://supremecourtindia.nic.in/FileServer/2016-09-12_1473675832.pdf>.



PERSONAS JURÍDICAS. SOCIEDADES. SINDICATOS. PUEBLOS ORIGINARIOS.
TITULARIDAD DE DERECHOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS. ADMISIBILIDAD. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS.
OPINIONES CONSULTIVAS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PANAMÁ).

1. Solicitud: el 28 de abril de 2014, la República de Panamá, con fundamento en el art. 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el art. 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación y alcance del art. 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del art. 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador (en adelante, “la solicitud” o “la consulta”).

Panamá expuso las consideraciones que originaron la solicitud y presentó a la Corte las siguientes consultas específicas: 1) ¿El art. 1, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos restringe la protección interamericana de los derechos humanos a las personas físicas y excluye del ámbito de protección de la Convención a las personas jurídicas? 2) ¿El art. 1.2 de la Convención puede proteger también los derechos de personas jurídicas como cooperativas, sindicatos, asociaciones, sociedades, en cuanto compuestos por personas físicas asociadas a esas entidades? 3) ¿Pueden las personas jurídicas acudir a los procedimientos de la jurisdicción interna y agotar los recursos de la jurisdicción interna en defensa de los derechos de las personas físicas titulares de esas personas jurídicas? 4) ¿Qué derechos humanos pueden serles reconocidos a las personas jurídicas o colectivas (no gubernamentales) en el marco de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de sus Protocolos, o instrumentos internacionales complementarios? 5) En el marco de la Convención Americana, además de las personas físicas, ¿tienen las personas jurídicas compuestas por seres humanos derechos a la libertad de asociación del art. 16, a la intimidad y a la vida privada del art. 11, a la libertad de expresión del art. 13, a la propiedad privada del art. 21, a las garantías judiciales, al debido proceso y a la protección de sus derechos de los arts. 8 y 25, a la igualdad y no discriminación de los arts. 1 y 24, todos de la Convención Americana? 6) ¿Puede una empresa o sociedad privada, cooperativa, sociedad civil o sociedad comercial, un sindicato (persona jurídica), un medio de comunicación (persona jurídica), una organización indígena (persona jurídica), en defensa de sus derechos y/o de sus miembros, agotar los recursos de la jurisdicción interna y acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en nombre de sus miembros (personas físicas asociadas o dueñas de la empresa o sociedad), o debe hacerlo cada miembro o socio en su condición de persona física? 7) Si una persona jurídica en defensa de sus derechos y de los derechos de sus miembros (personas físicas asociadas o socios de la misma) acude a la jurisdicción interna y agota sus procedimientos jurisdiccionales, ¿pueden sus miembros o asociados acudir directamente ante la jurisdicción internacional de la Comisión Interamericana en la defensa de sus derechos como personas físicas afectadas? 8) En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ¿las personas físicas deben agotar ellas mismas los recursos de la jurisdicción interna

para acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en defensa de sus derechos humanos o pueden hacerlo las personas jurídicas en las que participan?

Acorde a lo requerido por Panamá, el 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana emitió su Opinión Consultiva OC-22/16.

2. Opinión Consultiva: esta Corte agrupa las preguntas presentadas en cuatro temas principales, a saber: (i) la consulta sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano; (ii) las comunidades indígenas y tribales, y las organizaciones sindicales; (iii) la protección de derechos humanos de personas naturales en tanto miembros de personas jurídicas, y (iv) el agotamiento de recursos internos por personas jurídicas. De acuerdo con esta división, en el primer tema se dio respuesta a las preguntas 1) y 2), en el segundo y tercero se contestaron las preguntas 4) y 5), y, finalmente, en el cuarto se respondieron las preguntas 3), 6), 7) y 8).

(i) Acerca de la consulta sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano

Esta Corte estima que el principal problema jurídico que fue planteado en la solicitud de Opinión Consultiva es si las personas jurídicas pueden ser consideradas como titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana y, por lo tanto, podrían acceder de forma directa al sistema interamericano como presuntas víctimas. Se considera imperativo realizar una interpretación del art. 1.2 de la Convención. Para ello, se utilizan los métodos interpretativos estipulados en la Convención de Viena y se analizan: a) el sentido corriente del término y la buena fe; b) el objeto y fin del tratado; c) el contexto interno del tratado, y d) la interpretación evolutiva.

a) Sentido corriente del término y la buena fe: esta Corte reitera que el art. 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos. Sin embargo, para garantizar una interpretación armónica y actual de esta disposición, se decide estudiar si la misma sería susceptible de otras interpretaciones a partir de los demás métodos de interpretación existentes.

b) Objeto y fin del tratado: es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. Por consiguiente, una interpretación teleológica de la norma coincidiría en que las personas jurídicas están excluidas de la protección otorgada por la Convención Americana.

c) Contexto interno del tratado: el Preámbulo de la Convención Americana, así como las primeras consideraciones de la Declaración Americana, muestran que estos instrumentos fueron creados con la intención de centrar la protección y titularidad de los derechos en el ser humano.

d) Interpretación evolutiva: esta Corte se refiere a la protección a personas jurídicas en otros sistemas de protección de los derechos humanos y en el derecho interno de los Estados Parte; nota que en la mayoría de los sistemas analizados no se les reconocen derechos a las personas jurídicas y estima que actualmente en

el derecho internacional de los derechos humanos no existe una tendencia clara interesada en otorgar derechos a las personas jurídicas o en permitirles acceder como víctimas a los procesos de peticiones individuales que establezcan los tratados. Sobre el derecho comparado, concluye que, a pesar de que pareciera que existe una disposición en los países de la región para reconocer la titularidad de derechos a las personas jurídicas y otorgarles recursos para hacerlos efectivos, lo cierto es que estos antecedentes no son suficientes, por cuanto no todos los Estados realizan el reconocimiento de la misma forma y el mismo grado. Se utilizan los trabajos preparatorios de la Convención Americana con la finalidad de confirmar la interpretación a la que se arriba. Finalmente, habiendo empleado en forma simultánea y conjunta los distintos criterios hermenéuticos referidos, se concluye que de una interpretación del art. 1.2 de la Convención Americana se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano.

(ii) Comunidades indígenas y tribales

Esta Corte reitera su jurisprudencia, según la cual las comunidades indígenas son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros. Además, dadas las características comunes entre las comunidades indígenas y los pueblos tribales, se considera que las conclusiones respecto al acceso de las comunidades indígenas al sistema interamericano aplican asimismo a los pueblos tribales. Adicionalmente, se hace referencia a algunas de las fuentes de derecho internacional e interno en la materia que se estima coadyuvan a su jurisprudencia. Se concluye que las comunidades indígenas y tribales deben ser consideradas como titulares de ciertos derechos humanos por encontrarse en una situación particular, así como debido a que esto se encuentra dispuesto en varios instrumentos jurídicos internacionales, de los que son partes los Estados del sistema interamericano, y en algunas de sus legislaciones nacionales.

Acerca de las organizaciones sindicales, se reitera la competencia sobre casos contenciosos en torno a los derechos contenidos en el art. 8.1.a del Protocolo de San Salvador. Sin embargo, esta Corte advierte que la redacción de este artículo es ambigua en tanto no queda claro si confiere o no titularidad de derechos a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Por ello, analiza su alcance respecto a los términos “como proyección de este derecho” y “permitir”. Para ello, lo interpretó de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos vistos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Protocolo.

Sentido corriente de los términos: el art. 8.1.a señala que debe “garantizarse” el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección y, con posterioridad a ello, indica que como proyección de este derecho, se les “permitirá” a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones su libre funcionamiento, y a los sindicatos, adicionalmente, asociarse. Esta Corte concluye que “permitir” presupone que las organizaciones sindicales constituyen personas jurídicas distintas a sus

asociados con capacidad diferente a la de ellos para contraer obligaciones, y adquirir y ejercer derechos, tales como, al libre funcionamiento. Sumado a lo anterior, el término “como proyección” da un alcance al derecho de los trabajadores más amplio que el solo hecho de poder organizar sindicatos y afiliarse al de su elección. El derecho que la norma consagra a favor de los trabajadores constituye un marco a través del cual se generan derechos más específicos en cabeza de los sindicatos, las federaciones y confederaciones como sujetos de derechos autónomos, cuya finalidad es permitirles ser interlocutores de sus asociados, facilitando a través de esta función una protección más extensa y el goce efectivo del derecho de los trabajadores.

Interpretación sistemática: el encabezado del art. 8 es “derechos sindicales” y abarca los derechos reconocidos en la norma. Además, el art. 45.c de la Carta de la OEA contiene el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones de trabajadores y las de empleadores, y consagra la protección de su libertad e independencia, y el 45.g hace un reconocimiento de la contribución de los sindicatos a la sociedad.

La interpretación más favorable del art. 8.1.a conlleva entender que allí se consagran derechos a favor de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Una conclusión diferente implicaría excluir el efecto de la Carta de la OEA y, por ende, desfavorecer el goce efectivo de los derechos en ella reconocidos.

Objeto y fin del Protocolo: del preámbulo se concluye que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales que se pretende alcanzar con el Protocolo busca salvaguardar no solo la dignidad humana, sino también, y en igual medida, la democracia y los derechos de los pueblos del continente. Una interpretación de buena fe del art. 8.1.a implica concluir que este otorga titularidad de los derechos en él establecidos a las organizaciones sindicales. Asimismo, esta Corte hace uso de los trabajos preparatorios del art. 19 del Protocolo de San Salvador como medio complementario de interpretación para confirmar el sentido del art. 8.1.a.

Esta Corte concluye en la titularidad de los derechos establecidos en el art. 8.1.a de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos. Esta titularidad y acceso al Sistema estarían limitados a las organizaciones sindicales constituidas u operantes en los Estados que hayan ratificado el Protocolo. Además, señala su falta de competencia respecto a casos en los que se alegue el derecho a huelga.

(iii) Ejercicio de los derechos de las personas naturales a través de personas jurídicas

Esta Corte sostiene que bajo determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de personas jurídicas puede acudir al Sistema para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica. Resalta que cada derecho implica un análisis distinto en cuanto a su contenido y forma de realización. Concluye que no es viable establecer una fórmula única que sirva para reconocer la existencia del ejercicio de derechos de personas naturales a través de su participación en una persona jurídica. Por ello, determinará la manera de probar el vínculo cuando analice la alegada violación de uno de los derechos presuntamente vulnerados en un caso contencioso concreto.

(iv) Posible agotamiento de los recursos internos por personas jurídicas

Se examina si a través del agotamiento de los recursos internos por parte de personas jurídicas, a título propio o en representación de sus miembros, se cumple con el requisito de admisibilidad señalado en el art. 46.1.a de la Convención. Sobre este particular, se constata que el art. 46.1.a no distingue entre personas naturales o personas jurídicas, puesto que se concentra exclusivamente en el agotamiento de los recursos.

Esta Corte sostiene que se deben tener por agotados los recursos internos cuando: *i)* se compruebe que se presentaron los recursos disponibles, idóneos y efectivos para la protección de sus derechos, independientemente de que dichos recursos hayan sido presentados y resueltos a favor de una persona jurídica, y *ii)* se demuestre que existe una coincidencia entre las pretensiones que la persona jurídica alegó en los procedimientos internos y las presuntas violaciones que se argumenten ante el Sistema. En estos casos, la carga de la prueba sobre la efectividad e idoneidad del recurso recae sobre los Estados cuando presentan la excepción. Además, cuando se dé por cumplido el agotamiento a través de un recurso interpuesto por una persona jurídica, no se pretende imponer una obligación adicional a los Estados en el sentido de modificar su legislación interna para otorgar legitimación activa a las personas naturales. El art. 46.1.a implica un análisis que debe concentrarse en la idoneidad y efectividad del recurso, independientemente de si el mismo fue interpuesto por una persona natural o una jurídica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-22/16, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, opinión del 26-2-2016, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf>.



PRESOS. CÁRCELES. PROHIBICIÓN DE ENVÍO Y DE RECEPCIÓN DE PUBLICACIONES IMPRESAS. DERECHO A LA INFORMACIÓN. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el juez de vigilancia de Spoleto planteó la inconstitucionalidad del art. 41-*bis*, inc. 2-*quater*, letras *a)* y *c)* de la ley n° 354/1975 (Normas sobre el régimen penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad), en cuanto, según el “estado actual del derecho”, permite a la administración penitenciaria –entre otras medidas de seguridad orientadas a prevenir contactos del detenido en régimen especial con la organización criminal a la que pertenece– prohibir la recepción desde el mundo exterior y el envío hacia este de libros y revistas.

Según el juez *a quo*, la norma impugnada vulnera el art. 15 de la Constitución, que prevé una reserva de ley y de jurisdicción en materia de restricción de la libertad, y de secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. En efecto, la prohibición en cuestión no está fundada en el contenido de los textos,

destinado a un público indiferenciado, sino en la posibilidad de que los libros y revistas constituyan un medio de comunicación ilícita entre el detenido y la organización criminal de pertenencia. En consecuencia, en opinión del juez remitente, dicha restricción no puede prescindir del control judicial, de conformidad con lo establecido en el art. 18-ter del régimen penitenciario, relativo a las restricciones y controles impuestos a la correspondencia.

Asimismo, el juez *a quo* sostiene que la norma impugnada vulnera los arts. 21, 33 y 34 de la Constitución, toda vez que la prohibición de recibir publicaciones desde el mundo exterior restringe los derechos del detenido a la información y al estudio, así como también el art. 117.1 en relación con los arts. 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), que prohíben los tratos inhumanos y degradantes, y garantizan el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la correspondencia, respectivamente. La posibilidad de recibir libros y revistas del mundo exterior, en particular de los propios familiares y de enviarlos a estos representa, para el detenido sometido al gravoso régimen restrictivo previsto en el art. 41-bis, un modo particularmente valioso de mantener las relaciones sociales y la vida afectiva, cuya negación, según el juez *a quo*, resulta desproporcionada con respecto al objetivo del régimen mismo.

2. Sentencia: los planteos de inconstitucionalidad son infundados.

El régimen especial dispuesto por el Ministro de Justicia de conformidad con el art. 41-bis, inc. 2 del ordenamiento penitenciario está orientado a hacer frente a las exigencias de tutela del orden y de la seguridad fuera de la cárcel vinculadas con la criminalidad organizada, terrorista y subversiva, así como a impedir conexiones entre los detenidos pertenecientes a organizaciones criminales y aquellos miembros de las mismas que se encuentran en libertad. Dichas conexiones podrían realizarse mediante contactos con el mundo exterior, que el mismo ordenamiento penitenciario favorece como medios de reinserción social. Lo que se intenta evitar es que los exponentes de la organización criminal que se encuentran detenidos puedan continuar dando directivas a aquellos que están en libertad aprovechando el régimen penitenciario normal, de modo de mantener, desde la cárcel, el control de las actividades delictivas de la organización.

En este contexto, el art. 41-bis, inc. 2-*quater* del ordenamiento penitenciario, después de prever, en términos generales, que el régimen especial implica la adopción de medidas de elevada seguridad interna y externa –orientadas principalmente a prevenir los contactos con la organización criminal de pertenencia del detenido, así como los conflictos con personas pertenecientes a organizaciones contrapuestas y la interacción con otros detenidos pertenecientes a la misma organización o bien a otra aliada a la misma–, enumera una serie de medidas específicas que constituyen el contenido típico y necesario del régimen mismo. En la nómina figura la drástica limitación de las visitas personales (una por mes, únicamente con familiares y convivientes, salvo casos excepcionales, y en lugares especiales para impedir el pasaje de objetos) y las conversaciones telefónicas (una por mes con los familiares y convivientes de diez minutos de duración máxima, solo para los detenidos que no realizan conversaciones cara a cara). En ambos casos, está previsto el control

auditivo y la videofilmación, la limitación de los montos de dinero, de los bienes y de los objetos que pueden ser recibidos del mundo exterior, el sometimiento al control de censura de la correspondencia y la adopción de medidas que aseguran la absoluta imposibilidad de comunicación entre detenidos pertenecientes a diferentes grupos de sociabilidad.

Ahora bien, el Departamento de Administración Penitenciaria del Ministerio de Justicia emitió la circular n° 8845/2011, donde se establecían una serie de normas restrictivas del ingreso, la circulación y posesión de publicaciones de prensa para los detenidos en régimen especial. Sin embargo, en varias ocasiones, dicha circular no fue aplicada por los jueces de vigilancia por ser contraria al art. 18-ter del ordenamiento penitenciario, que subordina a un acto de la autoridad judicial la imposición de límites a la correspondencia epistolar y a la recepción de prensa, medidas que fueron sistemáticamente anuladas por la Corte de Casación. En efecto, en opinión de dicha Corte, la circular ministerial se habría mantenido en el ámbito del poder reglamentario atribuido a la administración penitenciaria, toda vez que resultaba meramente ejecutiva de las restricciones previstas por la ley y por la medida ministerial, y coherente con los objetivos del régimen especial. Por otra parte, a la luz de la orientación de la Corte de Casación convertida en derecho viviente, el 11 de febrero de 2014 el Departamento de Administración Penitenciaria emitió una nueva circular mediante la cual retomó las disposiciones de la circular objeto de las medidas de no aplicación, lo que dio lugar al juicio del que conoce el juez remitente.

Ahora bien, el planteo del juez *a quo* referido al art. 21 de la Constitución (libertad de expresión del pensamiento) es infundado. En efecto, la garantía constitucional establecida en dicho artículo encuentra su ejecución específica en lo dispuesto en el art. 18.6 del ordenamiento penitenciario, que autoriza a los detenidos a conservar los periódicos y libros de venta libre en el mundo exterior, así como en el art. 18-ter, letra a) del mismo ordenamiento, en términos del cual las restricciones a la recepción de publicaciones de prensa pueden ser dispuestas solamente por la autoridad judicial, por los motivos y en la forma que allí se indican. De este modo, se le ha negado a la autoridad administrativa ejercer la censura de las publicaciones de prensa, impidiendo a los detenidos acceder a determinadas publicaciones en razón de su contenido, operación que restringiría el derecho de los detenidos a conocer libremente las expresiones de pensamiento que circulan en la sociedad exterior. La tutela, tanto constitucional como legislativa, se refiere a la facultad del detenido de elegir con plena libertad los textos con los cuales informarse, mientras que los medios con los cuales se le garantiza el derecho a poseer las publicaciones deseadas resultan indiferentes.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Casación, la medida que según el “derecho vivo” puede ser adoptada por la administración penitenciaria con base en la norma impugnada no restringe el derecho de los detenidos en régimen especial a recibir y a conservar las publicaciones que eligen, sino que incide en las modalidades a través de las cuales dichas publicaciones pueden ser obtenidas. No se le impide al detenido el acceso a las lecturas preferidas y a su contenido, sino que se le impone servirse, para su obtención, del instituto penitenciario, con el propósito de evitar que, como dicta la experiencia, el libro o la revista se transforme

en un medio de comunicaciones ocultas con el mundo exterior, de difícil detección por parte del personal de control.

Por otro lado, queda claro que la medida *sub examine*, en su operatividad concreta, no debe traducirse en una negación subrepticia del derecho. En el mismo momento en que impone al detenido valerse exclusivamente del instituto penitenciario para la obtención de publicaciones de prensa, la administración se compromete a brindar un servicio eficiente, evitando procesos lentos y “barreras” que castiguen las expectativas legítimas del detenido. La Corte de Casación, por lo demás, ya se ha expedido claramente en tal sentido: los libros y las revistas deberán llegar a manos de los detenidos que los requieran en un tiempo razonable, aspecto sobre el cual el magistrado de vigilancia podrá ejercer su función de control. La eventual vulneración de los derechos del detenido no deriva de la norma, sino del comportamiento incorrecto de la administración penitenciaria llamada a aplicarla, quedando, por ello, fuera del control de constitucionalidad.

El planteo de inconstitucionalidad del art. 15 de la Constitución también es infundado y se basa en que, contrariamente a lo afirmado por la Corte de Casación, el envío de libros y revistas entrarían en la noción –constitucionalmente relevante– de “correspondencia”. El juez *a quo* objeta que el envío (o la entrega en mano) de una publicación pueda servir no solo como medio de difusión del pensamiento de su autor, sino también como vehículo de comunicación de un pensamiento propio del remitente, dirigido en modo específico y exclusivo al destinatario. En efecto, mediante el envío de un libro o de una revista podrían expresarse sentimientos de cercanía, de afecto o de apoyo al detenido; en el texto impreso podrían ser interpolados diferentes mensajes, manifiestos u ocultos, lícitos o ilícitos. La prohibición establecida en la circular ministerial encuentra su justificación en la posibilidad de que los libros y las revistas funcionen como medios de comunicación entre el detenido y el mundo exterior. De allí la exigencia de que, de conformidad con la reserva de ley y de jurisdicción establecida en el art. 15 de la Constitución en relación con las restricciones a la libertad de correspondencia, la exclusión de dicho “flujo comunicativo” sea dispuesta por la autoridad judicial en la forma y con base en los presupuestos previstos por el art. 18-ter del ordenamiento penitenciario.

Ahora bien, es imposible aceptar una tesis semejante, toda vez que resulta suficiente observar que si fuera fundada, en nombre de la libertad de correspondencia debería reconocerse a la persona detenida el derecho a intercambiar con el mundo exterior, sin ninguna restricción cuali o cuantitativa, mientras no intervenga una medida restrictiva específica emanada de la autoridad judicial, no solo libros y revistas, sino cualquier tipo de objeto. La idoneidad para funcionar como medio de comunicación de ideas, sentimientos y noticias entre el remitente y el destinatario no resulta ser una característica propia y exclusiva de las publicaciones impresas: en abstracto, cualquier objeto se presta para asumir un determinado significado comunicativo, o para funcionar como sustituto “anómalo” de soporte en papel para la redacción de mensajes o como contenedor para ocultarlos en su interior. En efecto, la eventualidad de una utilización semejante de la *res* no podría ser excluida *a priori*, ni debería resultar en una indiscriminada libertad de circulación de bienes entre la cárcel y el mundo exterior.

Es preciso reiterar la constante orientación de la jurisprudencia de esta Corte, según la cual la legítima restricción de la libertad personal a la que está sometida la persona detenida no anula la tutela constitucional de los derechos fundamentales. Quien se encuentra detenido, aun privado de la mayor parte de su libertad, siempre conserva un remanente, tanto más valioso por cuanto constituye el último ámbito en el cual puede ampliarse su libertad individual, y cuyo ejercicio, justamente por ello, no puede estar librado a la discrecionalidad de la autoridad administrativa para la ejecución de la pena de prisión.

Sin embargo, la tutela de los derechos constitucionales del detenido opera con las limitaciones que, como es obvio, comporta necesariamente la situación de detención. La legítima restricción de la libertad personal a la que el detenido está sujeto se refleja inevitablemente, en modo más o menos significativo, en las modalidades de ejercicio de las otras libertades constitucionalmente vinculadas a la primera. Ello se debe a la libertad de comunicación, que representa –al igual que la libertad de domicilio (art. 14 de la Constitución)– una integración y una especificación del principio fundamental de la inviolabilidad de la persona (art. 13 de la Constitución), en cuanto expresión de la “sociabilidad” del ser humano, es decir, de su aspiración natural a vincularse espiritualmente con sus semejantes.

Es indudable que las restricciones a las conversaciones directas –que para los detenidos sujetos al régimen especial son extremadamente severas– destacan la relevancia de las formas de comunicación a distancia, o “entre ausentes”, como medio para mantener las relaciones interpersonales y afectivas del detenido, a fin de evitar que la restricción carcelaria se traduzca en un aislamiento absoluto del mundo exterior y en un tratamiento contrario al sentido de humanidad (art. 27.3 de la Constitución).

El ordenamiento penitenciario admite la correspondencia epistolar, inclusive cuando se trata de detenidos en régimen especial, salvo lo establecido en relación con el control de la correspondencia. De acuerdo con la obligación positiva que, según la Corte Europea de Derechos Humanos, emana del art. 8 de la Convención, la administración penitenciaria debe brindar el material necesario –de papelería y estampillado– a quienes estén desprovistos del mismo.

Es evidente que a dicha perspectiva es ajeno el reconocimiento, de conformidad con los arts. 18 y 18-ter del ordenamiento penitenciario, del derecho de los detenidos a recibir (incluso por correo) publicaciones de prensa de venta libre en el exterior, y de conservarlas. Dicho reconocimiento no se debe a la circunstancia de que la prensa constituye una forma de correspondencia en el sentido planteado por el remitente, sino a la consideración de que libros, revistas y periódicos representan el medio para el ejercicio de diferentes derechos de los detenidos, a saber, los de información y de estudio, que, de acuerdo con lo dicho, no pueden considerarse comprometidos en modo constitucionalmente significativo –en lo que respecta a los detenidos en régimen especial– por la introducción de reglas limitativas en orden a los canales de obtención del material.

Por lo tanto, es preciso llegar a la conclusión, en conexión con la jurisprudencia de la Corte de Casación, de que las reglas en cuestión no inciden en el derecho a la correspondencia del detenido, tal como es reconocido por la ley del ordenamiento penitenciario.

Por otra parte, de lo antedicho surge que el planteo de inconstitucionalidad del art. 117.1 de la Constitución en relación con los arts. 3 y 8 de la Convención es infundado. En efecto, la invocación del primero de ellos resulta claramente incongruente con la perspectiva del juez remitente (el cual no impugna la admisibilidad de las restricciones en cuestión, sino que lamenta solamente el *quomodo*). La prohibición de tratos inhumanos y degradantes tiene un carácter absoluto, de manera que ni siquiera la intervención del juez podría legitimar convencionalmente las medidas. Por otro lado, es evidente que frente a la inalterada libertad de correspondencia epistolar y de elección de los textos con los cuales informarse e instruirse, la mera circunstancia de que el detenido tenga que servirse del instituto penitenciario para la obtención de publicaciones de prensa y no pueda enviarlas al exterior no llega a determinar niveles de sufrimiento y desvalorización de su persona pasibles de corresponderse con el paradigma al que la referida norma convencional apuntaba.

En cuanto al art. 8 de la Convención, reconoce a todas las personas el derecho al respeto a su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia. Es preciso recordar que debe excluirse que la prohibición de intercambiar libros y revistas con el mundo exterior y en particular con los familiares mediante el servicio de correo sea equiparada, como afirma el juez remitente, a que se someta la correspondencia del detenido a un control, cuya normativa nacional ha sido censurada por la Corte Europea de Derechos Humanos en repetidas oportunidades.

La restricción de los canales de recepción de las publicaciones de prensa y la prohibición de enviarla al mundo exterior no solamente no inciden, como es obvio, en el secreto de la correspondencia del detenido, sino que tampoco restringen la libertad de mantener correspondencia por correo –ya reconocida por la ley nacional de conformidad con la condición de legítima restricción de la libertad personal en que el individuo se encuentra–, libertad que se sigue desplegando a través de la correspondencia epistolar. En efecto, es mediante esta que el detenido puede seguir manteniendo relaciones afectivas con sus familiares.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 122/2017 del 8-2-2017, en <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=122>>.



PRESOS. RECLUSOS LITIGANTES FRECUENTES. ACCESO A LA JUSTICIA. RECURSOS INTERPUESTOS *IN FORMA PAUPERIS*. TASA DE JUSTICIA. DETERMINACIÓN CASO POR CASO. FORMA DE PAGO (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la *Prison Litigation Reform Act* del año 1995 dispone que los reclusos que se encuentren legitimados para accionar *in forma pauperis* deben, no obstante, pagar una tasa de justicia parcial inicial, fijada en un 20% del promedio de los depósitos mensuales en la cuenta del recluso o del promedio del saldo mensual

de dicha cuenta durante los últimos seis meses, el que fuere mayor (art. 1915(b)(1) del Título 28 del Código de los Estados Unidos). Luego, ellos deben pagar el saldo de la tasa en cuotas mensuales del “20% de los ingresos del mes anterior acreditados en la cuenta del detenido” (art. 1915(b)(2)). La tasa parcial inicial se determina caso por caso, es decir, cada vez que un detenido inicia una demanda.

El pago inicial puede no ser exigido si el recluso no cuenta con medios para pagarlo (art. 1915(b)(4)), y no se requiere el pago de cuotas mensuales a menos que el detenido tenga más de U\$S 10 en su cuenta (art. 1915(b)(2)). Lo que se halla aquí en discusión es el cálculo de las cuotas mensuales posteriores cuando se debe más de una tasa.

Antoine Bruce –un recluso en el sistema federal y litigante frecuente– alegó que los pagos mensuales en concepto de tasa de justicia no son exigibles hasta tanto no se hayan terminado de pagar las tasas correspondientes a otras causas previamente promovidas.

La Cámara Federal de Apelaciones dictó un sentencia en sentido contrario y resolvió que Bruce debía hacer sus pagos mensuales simultáneamente con el de los casos anteriores.

2. Sentencia: se confirma la sentencia apelada.

El art. 1915(b)(2) exige el pago simultáneo y no secuencial de las múltiples cuotas mensuales.

(a) Bruce y el Estado presentaron interpretaciones contrapuestas de la ley que regula los procesos *in forma pauperis*, la cual no aborda explícitamente cómo deben ser abonadas múltiples tasas de justicia. Al instar a adoptar un criterio centrado en el recluso, conforme al cual este pagaría el 20% de sus ingresos mensuales con independencia del número de causas que haya iniciado, Bruce se funda principalmente en el contraste que existe entre la palabra “secretario”, que está en singular, y “tasas”, que está en plural, tal como figuran en el art. 1915(b)(2), que requiere que los pagos sean remitidos “al secretario del tribunal... hasta que las tasas de justicia sean pagadas”. Incluso cuando se adeude más de una tasa de justicia, afirma Bruce, el art. 1915(b)(2) ordena que solo un secretario recibirá el pago cada mes. En cambio, el Estado propone adoptar un criterio caso por caso. Subrayando que el art. 1915 en su conjunto adopta un enfoque casuístico disponiendo instrucciones para *cada* caso en particular, el Estado sostiene que sería anómalo tratar el pago parcial inicial del párrafo (b)(1), que se admite está dirigido a un solo caso en particular, de manera diferente a los pagos mensuales posteriores a los que alude el párrafo (b)(2).

(b) El texto y el contexto del art. 1915 brindan sustento al criterio caso por caso. Así como el art. 1915 (b)(1) exige la fijación de “una tasa de justicia parcial inicial” cada vez que un detenido “interpone una acción civil o plantea un recurso de apelación”, de la misma manera la disposición con la que se relaciona –el art. 1915(b)(2)– exige pagos mensuales simultáneos del 20% por cada acción que se inicie. El art. 1915(b)(3), que dispone un tope máximo a las tasas permitidas “para el inicio de una acción civil o un recurso de apelación”, y el art. 1915(b)(4), que protege el derecho a iniciar “una acción civil o un recurso de apelación contra una... sentencia”,

confirman que el inciso (b) –considerado como un todo– está redactado desde una perspectiva casuística.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Bruce v. Samuels et al.*, sentencia del 12-1-2016, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-844_21ok.pdf>.



PRESOS. TRASLADO DE CONDENADOS A OTROS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS. PRESUPUESTOS. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. ALCANCE (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: Sabin Mendizábal Plazaola, tras ser extraditado desde Francia, cumple en España una condena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión del delito de daños en grado de tentativa en concurso ideal con el de transporte de sustancias o aparatos explosivos o inflamables (art. 568 CP) en conexión con el de colaboración con banda armada (art. 577 CP).

Estaba detenido en el Centro Penitenciario Madrid V (Soto del Real), pero solicitó a la Junta de Tratamiento ser trasladado al Centro Penitenciario de Martutene (Guipúzcoa), que estaba más cerca de su domicilio habitual, petición que no obtuvo respuesta. Días después, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dictó un Acuerdo de Clasificación Inicial en primer grado de tratamiento penitenciario y lo destinó al Centro Penitenciario de Valladolid.

Mendizábal Plazaola remitió un escrito de queja al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el que recordaba que su solicitud de traslado no había sido respondida y que en su lugar había sido trasladado a otro centro penitenciario, situación que vulneraba su derecho a la vida privada y familiar (art. 18.1 CE, en relación con el art. 8 CEDH) por la lejanía respecto de la localidad en la que vivían sus abuelos y su padre (a unos 400 km.) y los diversos e importantes problemas de salud que sufrían estos, que les impedían viajar. Dicho juzgado desestimó la queja por falta de competencia objetiva, al entender que no le corresponde conocer de los recursos contra las resoluciones administrativas en materia de traslado de penados de un establecimiento a otro, sino que esto debe ser dilucidado por la vía administrativa; y, agotada esta, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Mendizábal Plazaola apeló el decisorio.

La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó la apelación. Concluyó que el control de la decisión de traslado por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria es excepcional y solo es admisible “previa acreditación o constancia de que la resolución administrativa en cuestión ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida por la vía del traslado de Centro Penitenciario”. Además, sostuvo que la lejanía del centro penitenciario no impide las visitas al recurrente, ya que surgía del informe del Director del Centro Penitenciario que el interno había venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio –con la frecuencia que establece el art. 42 del Reglamento Penitenciario– tanto con amigos como con

familiares, conforme surge de los listados respectivos. Acerca de la imposibilidad de los familiares de desplazarse hasta el centro penitenciario, estimó que ello se solventa con los permisos extraordinarios que puede solicitar el interno. Trazó una comparación a continuación con las exigencias del derecho a la vida privada y familiar de los presos conforme a la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en sus fallos *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia* y *Vintman c. Ucrania*, y manifestó que dicho tribunal había reconocido que la selección de los centros de cumplimiento se justifica para evitar el hacinamiento o garantizar la disciplina adecuada. Señaló también que solo se produce una afectación de derechos fundamentales “cuando la excesiva distancia, unida a las dificultades de medios de transporte, impidan o dificulten seriamente las visitas de familiares y amigos al punto de quebrar el derecho a la vida familiar”. Por otra parte, ponderó que se trataba de un condenado por terrorismo – lo que impone especiales cautelas–, que mantiene comunicaciones y recibe visitas de su entorno familiar y de sus amigos; y, en relación con los parientes mencionados en el recurso (abuelos; el padre ya había fallecido), afirmó que no se trataba de parientes de primer grado, de modo que la afectación a la vida familiar no es tan intensa y pueden ser ocasionalmente visitados por el interno en permisos extraordinarios. Consecuentemente, no apreció que existiera una vulneración de derechos fundamentales que justificara el conocimiento de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, siendo la competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entonces, Mendizábal Plazaola presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo contra dicha decisión, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado en el art. 18.1 CE en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, tal y como ha sido interpretado y aplicado por la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos (casos *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*; *Vintman c. Ucrania*, y *Rodzevillo c. Ucrania*), que calificó como una injerencia desproporcionada en el derecho reconocido en el art. 8.1 CEDH el rechazo de las autoridades administrativas y judiciales a aproximar a los presos a sus familiares.

2. Sentencia: se declara inadmisibile el recurso de amparo interpuesto por Sabin Mendizábal Plazaola, con arreglo a lo previsto en los arts. 50.1 a) y 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dada la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados.

2.1. El único motivo del recurso de amparo gira en torno a la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, que Mendizábal Plazaola entiende debe ser puesto en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH.

2.2. La doctrina constitucional no ha admitido que el ámbito material de protección del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en la

Constitución (art. 18.1 CE) se mimetice con el contenido del derecho a la vida privada y familiar que reconoce el Convenio de Roma en su art. 8.1. La Constitución de España (CE) “no reconoce un ‘derecho a la vida familiar’ en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar”. Lo que la Constitución protege es “la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres”; y recuerda que el derecho a la vida familiar que deriva del art. 8.1 CEDH “se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE)”, principios que los jueces ordinarios deben preservar, pero que no pueden constituir el objeto de un recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional.

2.3. Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha limitado el alcance del art. 8.1 CEDH en el sentido de que “no reconoce el derecho del preso a elegir su lugar de detención, que la separación familiar es una consecuencia inevitable de su prisión [...], y que las autoridades gubernativas tienen un amplio margen de discrecionalidad en la asignación de destino con arreglo a la legislación interna”.

Al contrario, de acuerdo con dicho tribunal, “la asignación de plaza penitenciaria es una facultad discrecional de la Administración, y en modo alguno un derecho del preso derivado de su derecho a la vida familiar consagrado en el art. 8 CEDH”, derecho que se ve afectado solo en los casos en los que las autoridades no evalúen correctamente las circunstancias personales del interno o cuando ignoren la necesidad de conservación de un mínimo grado de vinculación familiar. A este respecto, el Tribunal Constitucional recuerda que las sentencias de dicha Corte citadas en el recurso se refieren a supuestos diferentes al analizado. En este caso, “ni la distancia entre el centro penitenciario y el domicilio familiar (400 kilómetros según la propia demanda), ni el estado de los transportes en España, ni, consiguientemente, las características del desplazamiento exigido, son equiparables a las valoradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Por tanto, las resoluciones recurridas solo pueden juzgarse desde la perspectiva de “la razonabilidad de la interpretación y aplicación que hacen del ordenamiento jurídico y del mandato constitucional de proscripción de la arbitrariedad (art. 24.1 CE)” motivos que no han sido alegados en la demanda. Las restricciones a la relación con sus allegados que el recurrente denuncia como consecuencia de la distancia geográfica entre el centro penitenciario y el lugar de residencia de sus familiares “no carecen ex ante de legitimidad constitucional, al tratarse de consecuencias necesariamente asociadas al sentido, naturaleza y contenido de la pena privativa de libertad que está extinguiendo (art. 25.2, inciso segundo CE)”.

2.4. Por lo dicho, este Tribunal concluye que las resoluciones objeto de este recurso de amparo no solo han dado adecuada respuesta a la petición del recurrente desde la perspectiva de la Constitución Española –la que no incluye en el derecho fundamental a la “intimidad personal y familiar” (art.18.1 18 CE) el derecho a la “vida familiar” del art. 8.1 CEDH, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia

de la Corte Europea de Derechos Humanos—, sino que también, partiendo de premisas diferentes, han llegado a una solución concordante con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo en esta materia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo interpuesto por Sabin Mendizábal Plazaola c. Auto 377/2016 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sentencia del 28-2-2017, en <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_014/2016-03312AUTO%20Y%20VOTO%20PARTICULAR.pdf>.



PROCESO PENAL. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. INTERNACIÓN PSIQUIÁTRICA NO VOLUNTARIA JUDICIAL. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA MEDIDA. **DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.** PLAZO RAZONABLE. **PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.** PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – SUIZA).

1. Antecedentes del caso: Rudolf Derungs fue procesado por conducir en estado de ebriedad y un tribunal de distrito de Zürich lo condenó en noviembre de 2002 a cinco meses de prisión. Sin embargo, sobre la base de una pericia psiquiátrica que había sido realizada en junio de ese mismo año, dispuso asimismo su internamiento y suspendió la ejecución de la pena. La pericia había constatado el fracaso de tratamientos anteriores, la ausencia de una evolución favorable en las características psicopatológicas del paciente y una fuerte dependencia al alcohol, lo que permitía deducir un elevado riesgo de reincidencia, que importaba un grave peligro para la seguridad pública.

Esta sentencia fue luego parcialmente confirmada por el Tribunal de Apelaciones del cantón de Zürich. Este tribunal consideró que la medida de internamiento del recurrente se encontraba justificada a la luz del peligro que representaba para la seguridad pública. Se fundó en la pericia llevada a cabo en junio de 2002 y solicitó asimismo la realización de una segunda pericia, practicada en diciembre de 2003, cuyos resultados confirmaron ampliamente las conclusiones de la primera.

Desde noviembre de 2004, el recurrente estuvo internado en el centro penitenciario de Pöschwies, Regensdorf, hasta su liberación condicional, en enero de 2012.

En el ínterin, La Oficina de Ejecución Judicial del cantón de Zürich rechazó su liberación en dos oportunidades, en diciembre de 2005 y diciembre de 2006; el recurso contra esta última decisión fue denegado en junio de 2007.

En mayo de 2008, el recurrente solicitó entonces su liberación al Tribunal de Apelaciones, el cual se declaró incompetente y reenvió la causa a la Oficina de Ejecución Judicial, que nuevamente denegó la solicitud.

En septiembre de ese mismo año, Derungs presentó una nueva solicitud de liberación ante el Tribunal de Apelaciones, esta vez con carácter urgente, que nuevamente se declaró incompetente.

Tres meses después, el Tribunal de Casación del cantón de Zürich desestimó un recurso de nulidad promovido por el recurrente. En dicha sentencia, sostuvo que el requirente no podía gozar en cualquier circunstancia del derecho al control judicial de la legalidad de la medida de internamiento. El procedimiento vigente, en principio de carácter interno vía recurso ante la autoridad administrativa superior, cuya decisión puede en una ulterior instancia ser recurrida ante el Tribunal Administrativo del cantón de Zürich, era conforme al art. 5, inc. 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de manera que no había sido contrario a derecho que el Tribunal de Apelaciones se declarara incompetente.

El requirente interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Federal suizo. Alegó que el sistema suizo, basado en los arts. 64 y ss. del Código Penal suizo –en virtud de los cuales el examen sobre la puesta en libertad del detenido debía ser conducido por la “autoridad competente”–, tornaba “ilusoria” toda posibilidad de obtener una decisión judicial en “breve plazo”, en los términos del art. 5, inc. 4 de la Convención. Era necesario que se pudiese acceder directamente a un tribunal.

En sentencia de febrero de 2009, el Tribunal Federal desestimó el recurso, considerando que no había razones para modificar su jurisprudencia relativa a los arts. 64 y ss. CP, juzgados conforme a la Convención: la legislación no contemplaba un derecho a acceder a la justicia en cualquier circunstancia a fin de obtener el control de legalidad de una medida de internamiento dispuesta originalmente por un tribunal. El proceso promovido por el recurrente y desarrollado desde un principio en instancia administrativa garantizaba una protección suficiente a la luz del art. 5, inc. 4 de la Convención.

En relación con el proceso administrativo, en agosto de 2008 el recurrente fue citado por la Oficina de Ejecución Judicial a una audiencia, en el marco del examen anual que se lleva a cabo en esta instancia administrativa a los fines del control de legalidad de la medida de internamiento. En esta oportunidad, solicitó ser puesto en libertad, así como también el otorgamiento de una flexibilización en el régimen de su internamiento, pretensiones que fueron desestimadas sobre la base de los resultados de la audiencia celebrada, así como también de un informe terapéutico y otro emitido por el servicio de psiquiatría-psicología.

Contra estas resoluciones administrativas, el recurrente interpuso entonces un recurso ante el Ministerio de Justicia y del Interior, que fue denegado, lo que habilitó entonces la vía judicial.

Derungs recurrió entonces al Tribunal Administrativo, que rechazó el recurso en julio de 2009, haciendo suyos los argumentos del Tribunal Federal en su sentencia de febrero de 2009 y agregando que si bien era cierto que el sistema implementado en el cantón de Zürich importaba una duración del proceso más larga, no dejaba por ello de ser un plazo razonable. Por otra parte, el principio de celeridad procesal no tenía el mismo alcance en el marco de un control administrativo de oficio que en el marco de una solicitud de liberación fundada sobre una presunta modificación de circunstancias. Se negó asimismo a celebrar una nueva audiencia, solicitada expresamente por el recurrente, considerando suficiente el hecho de que ya había sido citado personalmente en el marco del

examen anual de oficio realizado en agosto de 2008. Agregó que los arts. 5, inc. 4, y 6, inc. 1 de la Convención no otorgaban un derecho semejante en el curso de un proceso donde se perseguía poner fin a una medida de internamiento. Confirmó así la legalidad de dicha medida, considerando que no se había operado ninguna modificación de las circunstancias con posterioridad a las últimas resoluciones que rechazaron la solicitud de liberación del recurrente, y devolvió las actuaciones a la Oficina de Ejecución Judicial.

El recurrente apeló entonces nuevamente ante el Tribunal Federal, que denegó el recurso en una segunda sentencia de enero de 2010. Concluyó que la duración del proceso había resultado “larga, pero no injustificable”, y confirmó asimismo la sentencia del Tribunal Administrativo al señalar que el art. 5, inc. 4 de la Convención no otorgaba ningún derecho a la celebración de una audiencia.

El recurrente presentó un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos alegando una violación al art. 5, inc. 4 de la Convención al no haberse desarrollado el proceso en el “breve plazo” exigido convencionalmente así como también al haberse negado el Tribunal Administrativo a celebrar una nueva audiencia a solicitud del peticionante.

2. Sentencia

Alegada violación al art. 5, inc. 4 en cuanto a la exigencia de un “breve plazo” para la resolución judicial sobre la legalidad de la privación de la libertad

Un plazo tan extenso como los casi once meses transcurridos entre la solicitud de ser puesto en libertad que Derungs formuló en agosto de 2008 y la primera decisión judicial del Tribunal Administrativo, en julio de 2009, es difícil de conciliar con la exigencia de “celeridad” que impone la Convención. Resulta, por ende, necesario examinar si, en el presente caso, existieron razones excepcionales que hayan podido justificar semejante demora en resolver la solicitud de liberación. El Estado alegó que la demora podía explicarse por la circunstancia de que Derungs había interpuesto diversas apelaciones y había promovido varios procesos paralelos. En el cantón de Zürich, las demoras estaban vinculadas a la obligación de agotar primero la vía administrativa.

La complejidad del proceso administrativo interno no podría justificar un retraso en el trámite judicial. Este caso no ha sido particularmente complejo desde el punto de vista material, especialmente en su dimensión médica. Teniendo en cuenta estos elementos, cabe concluir que no han existido motivos excepcionales que expliquen la demora para dictar sentencia en la solicitud de liberación.

En consecuencia, la decisión del Tribunal Administrativo que confirma la legalidad de la medida preventiva de internamiento no fue adoptada con la celeridad exigida.

Con relación a la denuncia de Derungs de que el “sistema” vigente en el cantón de Zürich no se compadece con la Convención, esta Corte considera que la misma resulta inescindible de la vinculada al agravio relacionado con el plazo razonable, por lo que no resulta necesario examinarla de manera separada.

Alegada violación al art. 5, inc. 4 en cuanto a la celebración de una audiencia

Detenido después de cuatro años, Derungs solicitó una audiencia ante el Tribunal Administrativo. Al respecto, esta Corte considera que ello no es indispensable, excepto que con ello se tenga por objeto aportar alguna aclaración.

En el caso *sub examine*, las últimas pericias médicas practicadas a Derungs datan de 2002 y 2003. En sentencia de julio de 2009, el Tribunal Administrativo decidió que la situación de Derungs no había variado en forma significativa en los cinco años previos. Tampoco se había ordenado la realización de una nueva pericia. La sentencia se fundó en estos dos informes que destacaron, entre otras cuestiones, el fracaso de los tratamientos anteriores y la ausencia de una evolución favorable en el paciente.

Cabe reiterar asimismo que el recurrente había sido escuchado por las autoridades penitenciarias en presencia de su abogado en el marco del examen anual de oficio. Esa audiencia tuvo lugar en agosto de 2008, es decir, tan solo unos meses antes de presentar su solicitud de audiencia ante el Tribunal Administrativo. Teniendo esto en cuenta y los diversos informes de su estado psicológico, la Oficina de Ejecución Judicial rechazó su solicitud de liberación.

Derungs tampoco ha aportado posteriormente ninguna información o prueba relevante sobreviniente a la audiencia precitada relativa a ningún aspecto de su personalidad que tornara necesaria la celebración de una nueva audiencia. Por otra parte, ha tenido acceso a todos los elementos del proceso judicial y ha podido expresarse con asistencia de su abogado durante las diferentes etapas procesales. Por lo tanto, contó con la oportunidad de dar su versión de los hechos y de contestar a los argumentos contrarios a su liberación con el debido respeto al principio de igualdad de armas.

Por consiguiente, esta Corte concluye que el recurrente tuvo un proceso judicial adaptado a la naturaleza de su estado de privación de la libertad cuestionado. Así, aunque la audiencia de agosto de 2008 se haya celebrado ante una autoridad que no era judicial en términos de la Convención, lo cierto es que el Tribunal Administrativo no estaba obligado a citarlo personalmente.

Por lo tanto, no hubo violación del art. 5, inc. 4 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Derungs c. Suisse*, sentencia del 10-5-2016, en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162763>>.



PROCESO PENAL. PRUEBA. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. JUICIO POR JURADOS. INMUNIDADES E INDEMNIDADES. REGLA DEL SECRETO DEL JURADO. REGLA ANTI-IMPUGNACIÓN. IMPUGNACIÓN DE UN VEREDICTO CONDENATORIO FUNDADO EN PREJUICIOS RACIALES DE LOS MIEMBROS DEL JURADO REVELADOS EN EL CURSO DE LAS DELIBERACIONES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: un jurado del estado de Colorado encontró culpable a Peña-Rodríguez de los delitos de acoso y abuso sexual. Tras dar su veredicto, dos de sus miembros comunicaron al abogado defensor que, durante las deliberaciones, otro miembro del jurado –H. C.– había manifestado prejuicios antihispanos contra Peña-Rodríguez y contra el testigo de la defensa que habría afirmado que el imputado no se encontraba en el lugar de los hechos al momento de la comisión del delito. Entonces, el defensor, bajo la supervisión del tribunal de primera instancia, obtuvo declaraciones juradas de los dos miembros del jurado denunciadores en las que se describían una serie de afirmaciones discriminatorias formuladas por H. C.

El tribunal reconoció la aparente falta de imparcialidad de H. C., pero rechazó el pedido de Peña-Rodríguez de que ordenara la tramitación de un nuevo juicio fundado en la Regla de Evidencia 606 (b) del estado de Colorado, que prohíbe que un miembro del jurado preste declaración testimonial en relación con las manifestaciones realizadas durante las deliberaciones del jurado en un proceso tendiente a evaluar la validez de un veredicto (conocida como regla anti-impugnación o *no-impeachment rule*).

La cámara de apelaciones estadual confirmó esta decisión, coincidiendo con el *a quo* en que las declaraciones de H. C. no caían dentro del ámbito de aplicación de una excepción a la Regla 606 (b).

La Suprema Corte del estado de Colorado también confirmó la resolución recurrida fundándose en los precedentes *Tanner v. United States* (483 U.S. 107 -1987-) y *Warger v. Shauers* (2014), que habían desestimado acciones tendientes a que se declarara la inconstitucionalidad de la regla anti-impugnación aplicada a la prueba de la conducta indebida o perjudicial de un miembro de un jurado.

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

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

Cuando un miembro de un jurado manifiesta claramente que se ha basado en estereotipos raciales o animosidades para condenar penalmente a un acusado, la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos impide la aplicación de la regla anti-impugnación a fin de permitir que el tribunal de primera instancia pondere la prueba de dicha declaración así como cualquier otra circunstancia que importe la denegación de la garantía del juicio por jurados que de ella derive.

(a) En el derecho del *common law*, los miembros del jurado no podían impugnar su veredicto mediante una declaración jurada o prestando testimonio en forma presencial. Algunas jurisdicciones norteamericanas adoptaron una versión más flexible de esta prohibición, conocida como la “regla de Iowa”, que solo impide a los miembros de un jurado prestar declaración en relación con sus propias creencias, pensamientos o móviles subjetivos durante las deliberaciones. Un criterio alternativo, posteriormente conocido como el criterio federal, preveía una excepción solo aplicable a los acontecimientos ajenos al proceso de deliberación. Las primeras decisiones de esta Corte no fijaron una preferencia clara por una determinada versión particular de la regla anti-impugnación, pareciendo estar abiertas a la aplicación de la regla de Iowa en *United States v. Reid* (12 How. 361

-1851-) y en *Mattox v. United States* (146 U.S. 140 -1892-), pero rechazando dicho criterio en *McDonald v. Pless* (238 U.S. 264 -1915-).

La evolución de esta regla en el *common law* tuvo un hito en 1975, cuando el Congreso adoptó la Regla Federal de Evidencia 606 (b), que establece una regla anti-impugnación de interpretación amplia que solo prevé limitadas excepciones. Esta versión tiene una importancia sustancial, al favorecer el debate pleno y enérgico por parte de los miembros de un jurado y acordar suficientes garantías de que después de haber cumplido con su cometido, aquellos no serán citados para relatar sus deliberaciones ni hostigados de ninguna otra manera. La regla otorga así estabilidad y carácter definitivo a los veredictos.

(b) Todos los estados y el distrito de Columbia aplican alguna versión de la regla anti-impugnación. La mayoría de ellos opta por la Regla Federal. Al menos dieciséis jurisdicciones han reconocido una excepción que contempla que los miembros de un jurado puedan prestar declaración en relación con manifestaciones que podrían revelar la existencia de prejuicios raciales en el curso de las deliberaciones. Tres cámaras federales de apelaciones también han sostenido o sugerido que existe una excepción de raigambre constitucional aplicable a los casos donde existen pruebas de discriminación racial.

Al tratar la figura de la regla anti-impugnación del *common law*, este Tribunal ha previsto la posibilidad de reconocer una excepción en los “casos más graves e importantes” (*United States v. Reid*, *supra*, p. 366; *McDonald v. Pless*, *supra*, p. 269). Solo en dos ocasiones esta Corte ha abordado la cuestión de si la Constitución exige la previsión de una excepción a la Regla 606 (b) y, en ambas, su conclusión fue negativa. En el precedente *Tanner*, donde se había acreditado que, durante el juicio, algunos miembros del jurado estaban bajo los efectos de alcohol y estupefacientes, esta Corte declaró que la regla anti-impugnación se fundaba en la protección de “intereses largamente reconocidos y en gran medida sustanciales” (483 U.S. 127). Asimismo, destacó que existen importantes garantías en protección del derecho del acusado a ser juzgado ante un jurado imparcial y competente más allá del testimonio que, después del juicio, pueda prestar un miembro del jurado: los futuros miembros del jurado pueden ser sometidos a un examen preliminar tendiente a evaluar su capacidad e imparcialidad (*voir dire*); la conducta indebida que pudieren desplegar puede ser observada durante el juicio por el tribunal, por el abogado y por el personal del tribunal; y los propios miembros del jurado pueden informar al tribunal una conducta indebida antes de que se emita el veredicto. En *Warger*, un caso civil en el que se acreditó que la presidenta del jurado no había revelado durante el examen preliminar cierto sesgo a favor del acusado, esta Corte demostró una vez más apoyarse sustancialmente en las garantías existentes que hacen al derecho a un juicio justo. Sin embargo, también advirtió –por ejemplo, en *Reid* y en *McDonald*– que la regla anti-impugnación puede admitir excepciones cuando la parcialidad de un miembro del jurado es “tan extrema que, casi por definición, el derecho a un juicio por jurados se ha visto restringido” (*Warger*, cit.). *Reid*, *McDonald* y *Warger* dejaron sin resolver la cuestión de si la Constitución exige que deba preverse una excepción a la regla anti-impugnación cuando de las declaraciones de un miembro de un jurado surge

que su animosidad racial fue un factor decisivo en su determinación a favor de la culpabilidad del imputado.

(c) La necesidad de purgar a la administración de justicia de prejuicios raciales vio renovada su vigencia y dirección por la ratificación de las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos adoptadas después de la Guerra Civil (XIII, XIV y XV). “El objetivo central perseguido por la Decimocuarta Enmienda fue eliminar la discriminación racial que emana de fuentes oficiales de los estados” (*McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, p. 19, -1964-). Esta Corte reiteradamente ha dado efectivo cumplimiento a la garantía constitucional de que no debe existir discriminación racial promovida por el Estado en el sistema de juicio por jurados. Este Tribunal ha interpretado que la Decimocuarta Enmienda prohíbe excluir a potenciales miembros del jurado por motivos de raza (*Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, pp. 305-309 -1880-); ha dejado sin efecto leyes y prácticas que sistemáticamente excluyen a las minorías raciales de la composición de los jurados (ver, p. ej., *Neal v. Delaware*, 103 U.S. 370 -1881-); ha decidido que ningún litigante puede excluir a un potencial miembro del jurado por motivos de raza (ver, p. ej., *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 -1986-); y resuelto que, en ciertas ocasiones, los acusados pueden tener derecho a indagar sobre la existencia de prejuicios raciales durante el examen preliminar (ver, p. ej., *Ham v. South Carolina*, 409 U.S. 524 -1973-). La doctrina inequívoca que surge de estos precedentes es que la discriminación por motivos de raza, “deleznable en todos sus aspectos, es especialmente perniciosa en el ámbito de la administración de justicia” (*Rose v. Mitchell*, 443 U.S. 545, p. 555 -1979-) y perjudica “tanto en los hechos como en la percepción” el rol que cumple el jurado como “control vital del ejercicio indebido del poder por parte del Estado” (*Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, p. 411 -1991-).

(d) Este caso se halla en un área de intersección entre la jurisprudencia de esta Corte que adhiere a la regla anti-impugnación y aquella que busca eliminar la discriminación racial en el sistema de juicio por jurados. Esas líneas de precedentes no tienen por qué entrar en conflicto entre sí. La discriminación racial –a diferencia del comportamiento evaluado en *McDonald*, *Tanner* o *Warger*– pone en juego singulares intereses históricos, constitucionales e institucionales, y si no se tratara esta problemática, generaría el riesgo de lesionar sistemáticamente la administración de justicia. Este caso también es diferente en términos pragmáticos, ya que las garantías reconocidas en *Tanner* pueden resultar menos efectivas para erradicar la discriminación racial. Pero si bien todas las formas de discriminación indebida generan riesgos en un juicio, lo cierto es que existen fundamentos sólidos para tratar la discriminación racial con una precaución adicional. Para prevenir una sistemática pérdida de confianza en los veredictos de los jurados –confianza que constituye una premisa central del derecho a un juicio justo garantizado por la Sexta Enmienda–, es necesario que exista una norma constitucional que exija tratar la discriminación racial en el sistema de justicia, aun, en ciertos supuestos, con posterioridad a que se haya emitido un veredicto.

(e) Como instancia previa a que la prohibición que importa la regla anti-impugnación pueda ser dejada de lado a fin de permitir que el tribunal realice una investigación más rigurosa, tiene que haberse acreditado, por lo menos, que uno

o más miembros del jurado han hecho declaraciones que demuestran claramente la existencia de prejuicios raciales que siembren serias dudas sobre la equidad y la imparcialidad de las deliberaciones del jurado y del veredicto resultante. A esos efectos, las declaraciones deben tender a demostrar que la animosidad racial ha constituido un importante factor de motivación en el voto condenatorio del miembro del jurado en cuestión. El tribunal que entiende en el proceso tiene sustancial discrecionalidad para determinar si se ha satisfecho ese estándar probatorio teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, tales como el contenido de las supuestas declaraciones, la oportunidad en que se hicieron y la confiabilidad de las pruebas aportadas.

Los procedimientos en la praxis para obtener y producir esa prueba indudablemente habrán de diseñarse conforme a pautas establecidas por las normas estaduales de ética profesional y por los reglamentos de los tribunales locales, normativa en la que frecuentemente se limita el contacto del defensor con los miembros del jurado con posterioridad al juicio. La experiencia de las jurisdicciones que ya han reconocido una excepción a la regla anti-impugnación prevista para aquellos supuestos en los que se verifica la existencia de discriminación racial y la que los tribunales adquieran en el futuro arrojarán luz sobre cuál es la forma adecuada en que el juez ha de ejercer su discrecionalidad. Esta Corte no necesita resolver cuál es el procedimiento que debe seguir un tribunal cuando se enfrenta a la solicitud de la tramitación de un nuevo juicio fundada en el testimonio de un miembro del jurado de que ha habido discriminación racial ni cuál es el estándar apropiado para determinar cuándo esa prueba es suficiente para que el veredicto sea dejado sin efecto y se tramite un nuevo juicio. Los estándares y garantías existentes –tales como la realización de un cuidadoso examen preliminar tendiente a evaluar la imparcialidad de los potenciales miembros de un jurado, y las instrucciones que el juez imparte a este último relativas a su deber de ponderar la prueba, deliberar en forma conjunta y llegar equitativa e imparcialmente a un veredicto libre de todo prejuicio– también pueden ayudar a prevenir la discriminación racial en las deliberaciones del jurado.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Peña-Rodríguez v. Colorado*, sentencia del 6-3-2017, en <https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-606_886b.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. PROCESO PENAL. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCE. CARGA DE LA PRUEBA. INVERSIÓN. SENTENCIA. DEBER DE MOTIVACIÓN (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Agustín Bladimiro Zegarra Marín fue Subdirector de Pasaportes de la Dirección de Migraciones y Naturalización del Perú entre el 10 de marzo y el 28 de septiembre de 1994. Entre los meses de agosto y octubre de ese año, se dio a conocer, por medios de prensa, la existencia de pasaportes presuntamente tramitados de manera irregular, entre ellos, el de Carlos Remo

Manrique Carreño, quien tenía una orden de captura por haber cometido una estafa. Conforme a los medios de comunicación, este pasaporte habría sido expedido con la firma de Zegarra Marín.

El 12 de septiembre de 1994, se designó un fiscal *ad hoc* para investigar el caso de Manrique Carreño. Con motivo de esta investigación, la fiscalía imputó a diversas autoridades de la Oficina de Migraciones como autores de presuntos delitos relacionados con la tramitación ilegal de pasaportes. El 21 de octubre de 1994, el fiscal formuló una denuncia penal contra once personas, incluido Zegarra Marín. Ese mismo día, el juez del Trigésimo Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima ordenó su detención, medida que fue apelada en diversas oportunidades y revocada el 22 de junio de 1995, con base en que se habían desvanecido los cargos contra Zegarra Marín al determinarse que la firma que se le imputaba era falsa, por lo que este recuperó su libertad el 30 de junio de 1995. Zegarra Marín estuvo detenido durante más de ocho meses.

El 8 de noviembre de 1996, la Quinta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó sentencia condenatoria contra Zegarra Marín por la comisión de delitos contra la administración de justicia (encubrimiento personal), contra la fe pública (falsificación de documentos en general) y corrupción de funcionarios, por lo que se le impuso una pena privativa de libertad de cuatro años, la cual fue suspendida en forma condicional, y se lo condenó al pago de 3.000 nuevos soles en concepto de reparación civil. A los efectos del dictado de esta condena, la factibilidad de los hechos indicados en las declaraciones de los coimputados resultó decisiva y se señaló expresamente que el imputado no había llegado a desvirtuar en su totalidad las imputaciones en su contra, “por cuanto no [habría] surgido prueba de descargo contundente que lo h[iciera] totalmente inocente”.

Zegarra Marín interpuso un recurso de nulidad. El 17 de diciembre de 1997, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República dictó una sentencia en la que confirmó la sentencia de primera instancia e impuso otras penas adicionales.

El 14 de septiembre de 1998, Zegarra Marín interpuso entonces un recurso de revisión ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el cual fue declarado improcedente.

2. Sentencia: se declara la responsabilidad internacional del Estado peruano en perjuicio de Agustín Bladimiro Zegarra Marín por la violación a los derechos a las garantías judiciales (arts. 8.1, 8.2 y 8.2 (h) de la Convención Americana) con motivo de las infracciones a la presunción de inocencia y al deber de motivar las resoluciones judiciales, así como por la violación al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior y a la protección judicial (art. 25 del mismo instrumento), al no contar con un recurso efectivo que tutelara sus derechos vulnerados.

Excepciones preliminares y cuestiones previas

El Estado opuso tres excepciones preliminares, las cuales fueron desestimadas. También expuso una serie de “aspectos procesales” relacionados con la delimitación

de la controversia, de los cuales, por sus características, esta Corte aborda como consideración previa solo dos: respecto del primero (la admisibilidad del reclamo relacionado con la privación de la libertad), esta Corte no se pronuncia en cuanto al fondo respecto de los alegatos de la presunta víctima en relación con el derecho a la libertad personal, toda vez que esta no interpuso ningún recurso interno para hacer valer una eventual reparación a nivel interno después de haber sido puesta en libertad. Respecto del segundo aspecto procesal contemplado (admisibilidad de ciertos hechos), esta Corte concluye que los alegatos hechos relacionados con el pase a retiro y la exclusión del cuadro de mérito de Zegarra Marín no fueron sometidos a la jurisdicción de esta Corte por parte de la Comisión, por lo que se aceptó el planteo del Estado.

Fondo

Con respecto a la alegada violación del art. 8 de la Convención Americana, la controversia consiste en determinar si, en términos de los estándares del debido proceso, se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, así como el deber de motivar las resoluciones judiciales en perjuicio de la presunta víctima.

El principio de presunción de inocencia es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema democrático, la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal.

El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados es indiciario y forma parte de la prueba indirecta, debiendo valorarse conforme a los principios de la sana crítica; es decir que, para alcanzar una condena, es necesario que sean varios los indicios y que estos sean serios, precisos y concordantes.

La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. El acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Al presumir la culpabilidad, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia. La carga de la prueba en procesos penales se sustenta en el órgano del Estado, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo. Es decir, la posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas (contra-hipótesis), que a su vez la acusación tiene la carga de invalidar.

En este caso, no se ha respetado el principio de presunción de inocencia, toda vez que la sentencia condenatoria de Zegarra Marín invirtió la carga de la prueba al establecer que *“no surgi[ó] una prueba de descargo contundente que lo h[iciera] totalmente inocente de los ilícitos que se le imputa[ban]”*. Adicionalmente, cabe destacar que en la sentencia condenatoria de la Quinta Sala Penal se enunciaron pruebas de oficio y de descargo que supuestamente podrían haber

favorecido al inculpado, pero que no fueron analizadas. En este sentido, dicha Sala incumplió con su obligación de valorar racional y objetivamente las pruebas de cargo y descargo, y las pruebas de oficio, así como su obligación de desvirtuar las hipótesis de inocencia que surgieran a partir de la producción de las mismas, a fin de determinar la responsabilidad penal.

Por otra parte, se destaca la relevancia del deber de motivar las resoluciones judiciales a los fines de garantizar la presunción de inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria. La motivación debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria, la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración. Este último debe reflejar las razones por las que fue posible llegar a una convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Asimismo, resulta necesario que el fallo condenatorio tenga una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos e indique las razones por las cuales ellos resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia. En este sentido, se advierte que la sentencia condenatoria careció de una debida motivación, ya que las pruebas de descargo y de oficio solo fueron enunciadas sin haberse realizado un análisis de las mismas, ni señalado la apreciación de las pruebas en las que se fundó la culpabilidad ni las circunstancias del delito. Además, se observa que de ella no se desprenden las razones por las cuales los jueces consideraron que los hechos atribuidos a Zegarra Marín se subsumían en las normas penales, por lo que del fallo no se derivaban las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada uno de los delitos por los que fue acusado. La omisión en la motivación del fallo tuvo un impacto directo en el ejercicio de los derechos a la defensa y a recurrir el fallo.

En razón de lo anterior, el Estado ha violado el principio de presunción de inocencia de Zegarra Marín y no ha garantizado la motivación del fallo: se le invirtió la carga probatoria, las declaraciones de los coimputados no fueron corroboradas ni analizadas con la prueba en su conjunto a fin de determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, lo cual, además, quedó evidenciado con la falta de motivación de la decisión judicial, vulnerando el dictado de un fallo debidamente razonado que garantizara la posibilidad de su impugnación. Por lo tanto, el Estado es declarado internacionalmente responsable de la violación de los arts. 8.1 y 8.2 de la Convención Americana en perjuicio de Zegarra Marín.

Respecto de la alegada vulneración de los arts. 8.2 (h) y 25, la controversia consiste en analizar, por una parte, el derecho a recurrir el fallo de primera instancia a través del recurso de nulidad y, por otra parte, la idoneidad del recurso de revisión. En aras de resolver las cuestiones planteadas por el recurrente, resultaba necesario que la Primera Sala de la Corte Suprema hiciera referencia a las impugnaciones de Zegarra Marín, y que se pronunciara sobre las principales cuestiones planteadas. Ello, a fin de garantizar la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida a la luz de las características de la doble instancia. Al

respecto, se recuerda que el recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas. La Primera Sala Penal Transitoria resolvió el recurso de nulidad planteado por Zegarra Marín durante la audiencia celebrada el 8 de noviembre de 1996, limitándose a confirmar las consideraciones de la sentencia condenatoria de primera instancia, sin pronunciarse sobre los argumentos principales presentados por el recurrente. En vista de que la instancia recursiva no garantizó, en la práctica, una revisión integral de la sentencia condenatoria en el caso concreto, este recurso careció de eficacia y, en consecuencia, el Estado ha violado el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, dispuesto en los arts. 8.2 (h) y 25 de la Convención Americana, en tanto no se contó con un recurso efectivo que tutelara los derechos vulnerados.

En relación con la idoneidad del recurso de revisión, esta Corte estima que, al momento de los hechos, dicho recurso no era el mecanismo previsto por el ordenamiento peruano para impugnar la sentencia condenatoria, pues consistía en un recurso extraordinario que solo estaba previsto para ser admisible por causales enumeradas taxativamente y el reclamo de Zegarra Marín no se ajustaba a las mismas. Así, no procede analizar la efectividad de este recurso, por lo que el Estado no es responsable por la violación al art. 25.1 de la Convención Americana.

Finalmente, en referencia a la alegada violación al art. 2 de la Convención Americana, en relación con los recursos en análisis, el alegato de los representantes fue elaborado de manera extemporánea, por lo que no corresponde pronunciarse al respecto.

Reparaciones

Se ordenan las siguientes medidas de reparación integral: *a)* como medida de restitución: la sentencia condenatoria emitida en el proceso penal contra Zegarra Marín carece de efectos jurídicos en lo que respecta a la víctima del caso y, por lo tanto, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para dejar sin efecto las consecuencias que de ella derivan, así como los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales, que existan contra el nombrado a raíz de dicho proceso; *b)* como medida de satisfacción: el Estado debe publicar la presente sentencia y su resumen oficial; y *c)* como indemnización compensatoria: el Estado debe pagar la cantidad fijada en esta sentencia en concepto de daño inmaterial, por reintegro de gastos y costas, y por reintegro de los gastos del fondo de asistencia de víctimas.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Zegarra Marín vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 15-2-2017, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. GARANTÍA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE INVESTIGAR LOS ACTOS DE TORTURA. **DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO.** GARANTÍAS PROCESALES. **DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. **RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.** DILIGENCIA DEBIDA EN EL EJERCICIO DE LA DEFENSA PÚBLICA (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – EL SALVADOR).

1. Antecedentes del caso: José Agapito Ruano Torres ha sido procesado, detenido y condenado por el delito de secuestro, cometido el 22 de agosto de 2000, prevaleciendo serias dudas sobre si él era efectivamente la persona apodada “El Chopo”, respecto de la cual se alegaba que había participado en la comisión del delito. Sin embargo, el presente caso no se refiere a la culpabilidad o inocencia de Ruano Torres o cualquiera de las otras personas que fueron juzgadas junto a él, sino sobre la conformidad del proceso penal y de los actos de determinados funcionarios públicos en el caso, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana).

El Estado de El Salvador realizó un reconocimiento de responsabilidad internacional que incluyó la aceptación total de los hechos en lo que respecta a las violaciones establecidas en perjuicio de Ruano Torres y su familia.

El 9 de octubre de 2000, personal de la División de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil interrogó a un detenido, quien manifestó tener información sobre el secuestro de Jaime Ernesto Rodríguez Marroquín, del que también habría participado. En el transcurso de su declaración, en la Unidad de Delitos Especiales de la Fiscalía General de la República, mencionó a los demás partícipes, individualizándolos por su nombre y apellido. Asimismo, se refirió a un individuo a quien únicamente conocía como “El Chopo”, que describió como un individuo de veinticuatro años de edad, y de un metro cincuenta y cinco centímetros de estatura, quien residía en el Cantón Colón de Guazapa.

El 16 de octubre de 2000, el Juzgado de Paz de Tonacatepeque autorizó a ejercer el criterio de oportunidad de la acción pública a favor del declarante por el término de dos meses, a fin de que proporcionara toda la información necesaria y eficaz con relación al mencionado secuestro. En sede judicial, señaló nuevamente los nombres de las personas supuestamente involucradas en el secuestro, especificando, respecto a la persona conocida como “El Chopo”, que su “nombre verdadero es José Agapito Ruano Torres, de veinticuatro años de edad, aproximadamente, de un metro cincuenta y cinco de estatura m[á]s o menos, residente en [la] Lotificación Monte Cristo”. Ese día, la Fiscalía General de la República decretó la detención administrativa de los presuntos implicados en aquel secuestro, entre ellos, José Agapito Ruano Torres. En la madrugada del 17 de octubre de 2000, la Policía Nacional Civil realizó el llamado “Operativo Guaza”, en el que se procedió al arresto de los supuestos partícipes. Ruano Torres fue detenido mientras se encontraba en su domicilio junto con su cónyuge y su hijo de dos años de edad.

Durante su detención, Ruano Torres fue golpeado, arrastrado, amenazado de muerte, lesionado, le colocaron una soga al cuello al punto de la asfixia y le restregaron la cara cerca de un montículo de estiércol. El 30 de octubre de 2000, Pedro Torres Hércules, primo de Ruano Torres, denunció ante la Unidad de Investigación Disciplinaria de la Policía Nacional Civil que la detención de este había sido realizada mediante “abuso de autoridad, maltratos físicos, morales y psicológicos”.

El 20 de octubre de 2000, se llevó a cabo la audiencia inicial ante el Juzgado de Paz de Tonacatepeque. Asistieron a la defensa de Ruano Torres y otros cuatro imputados los defensores públicos, y solicitaron el sobreseimiento definitivo de todos sus representados al considerar que no habían sido individualizados cada uno de los imputados y que no existía certeza respecto de su participación en el hecho. El Juzgado desestimó dicha solicitud, ordenó la instrucción formal de la causa y decidió mantener en detención preventiva a todos los imputados para garantizar su presencia en la audiencia preliminar.

El 27 de noviembre de 2000, Torres Hércules se dirigió al Juzgado de Primera Instancia de Tonacatepeque a fin de presentar un escrito solicitando audiencia especial, en el que reseñaba declaraciones de testigos que indicaban que Ruano Torres habría estado trabajando en la reconstrucción de una escuela durante el mencionado secuestro; no obstante, consta en dicho escrito que ese juzgado se negó a recibirlo.

El 1° de diciembre de 2000, dicho tribunal ordenó la realización de un reconocimiento en rueda de personas por parte de Rodríguez Marroquín, quien durante el interrogatorio previo a la realización de la diligencia describió a ocho de las personas que habían participado en su secuestro, sin proporcionar sus nombres. El 11 de enero de 2001, se llevó a cabo el reconocimiento en rueda de personas, en el cual Rodríguez Marroquín se expresó en sentido positivo por la persona que llevaba el número 2, quien manifestó llamarse José Agapito Ruano Torres.

El 7 de diciembre de 2000, Ruano Torres presentó una acción de hábeas corpus ante la Sala en lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El 7 de agosto de 2001, dicha Sala resolvió la acción de hábeas corpus presentada a favor de mantener a Ruano Torres en detención y la causa penal según su estado. Indicó que, previo a su detención, se “obtuvo con la debida investigación, la identidad de los imputados [...] mediante información obtenida por la población”. Con relación a los alegatos de tortura y maltratos cometidos durante la detención de Ruano Torres, la Sala consideró que, si bien había existido uso de la fuerza, no se había atentado contra sus derechos fundamentales, toda vez que de conformidad con el acta correspondiente, había sido necesaria para controlarlo por la resistencia que habría opuesto.

El 25 de abril de 2001, la defensora pública designada –luego de que Ruano Torres solicitara cambiar al defensor público actuante– presentó un escrito al Juzgado de Instrucción de Tonacatepeque a fin de ofrecer testigos y prueba documental para la audiencia preliminar a llevarse a cabo ante el Juzgado de Primera Instancia de Tonacatepeque; en dicho documento, se manifestó que los testigos permitirían corroborar que José Agapito Ruano Torres no era “El Chopo” y que el día de los hechos se encontraba en un lugar distinto, se acompañó documentación y se solicitó prueba para mejor proveer. El 26 de abril de 2001, durante la audiencia preliminar, la jueza decretó la inadmisibilidad de dicha prueba al sostener “que no es ninguna

prueba imprescindible”. En la referida audiencia, Ruano Torres se abstuvo de rendir su declaración indagatoria, pero expresó que él no era “El Chopo” y que los “policías [...] lo amenazaron de muerte, lo arrastraron y fue así como lo involucraron en el hecho”. La defensa pública solicitó la nulidad del anticipo de prueba, lo que fue declarado improcedente por el Juzgado de Primera Instancia de Tonacatepeque.

El 18 de junio de 2001, Ruano Torres presentó un escrito ante el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador donde solicitó una audiencia especial de revisión de medida y que se decretara “la nulidad del acto de identificación y localización”, planteos que fueron rechazados debido a que la etapa investigativa había precluido, instancia en la que también se resolvió no hacer lugar a la nulidad solicitada.

El 6 de septiembre de 2001, Ruano Torres volvió a presentar un escrito ante este mismo Tribunal, alegando que su defensa pública lo había perjudicado con cada una de sus intervenciones, y ofreció prueba testimonial. El 17 de septiembre de 2001, se resolvió que en cuanto a “la prueba testimonial ofrecida [...] considera que será en el momento procesal oportuno que se resolverá sobre la admisión de dicha prueba”. No consta en el expediente judicial que posteriormente dicho órgano haya hecho referencia a estas solicitudes. Ante este tribunal, el 1º de octubre de 2001 se inició la vista pública, en la cual los defensores públicos actuaron en representación de Ruano Torres. Al comienzo de la misma, se preguntó a los procesados si deseaban prestar declaración indagatoria. Consta en el audio de la vista pública que Ruano Torres indicó “me sostengo a declarar”. Sin embargo, luego de su respuesta le preguntaron a otro de los procesados si deseaba declarar, por lo que no fue escuchado. Adicionalmente, diversos testigos manifestaron que el día del mentado secuestro Ruano Torres se encontraba trabajando con un hermano en la reconstrucción de una escuela hasta altas horas de la noche, y que el sobrenombre “El Chopo” corresponde a otro hermano de José Agapito. Durante el interrogatorio a Rodríguez Marroquín, nombró y señaló como responsables de su secuestro a todos los procesados que se encontraban en la audiencia, incluyendo a José Agapito Ruano Torres.

El 5 de octubre de 2001, dicho Tribunal dictó sentencia condenatoria en contra de José Agapito Ruano Torres y otras personas como coautores del delito de secuestro de Rodríguez Marroquín, imponiéndole una pena de quince años de prisión, la pena accesoria de pérdida de derechos del ciudadano y el pago de cinco mil colones en concepto de responsabilidad civil. La defensa pública de José Agapito Ruano Torres no interpuso recurso contra la sentencia condenatoria.

El 15 de octubre de 2001, José Agapito Ruano Torres presentó una denuncia ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. El 9 de junio de 2003, esta se pronunció por la violación del debido proceso en perjuicio de Ruano Torres y recomendó al Departamento de Defensoría Pública de la Procuraduría General de la República que, dadas las irregularidades en el proceso, convalidadas por omisión de los jueces, fiscales y defensores públicos, se promoviera una revisión de su sentencia condenatoria.

El 13 de mayo de 2002, Ruano Torres presentó ante el Jefe del Departamento de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia una denuncia contra el Juzgado de Primera Instancia de Tonacatepeque y el Tribunal Segundo de Sentencia

de San Salvador que participaron en el proceso penal. Alegó que estos no tomaron ninguna medida positiva a pesar de presentarles numerosos escritos aclarando que él no era “El Chopo”, sino su hermano. Indicó que el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador negó, durante la audiencia de vista pública, que su hermano rindiera declaración como testigo. El 22 de octubre de 2003, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia declaró inadmisibile la denuncia presentada, puesto que “no se encontraron elementos que den lugar a una causa probable para que se aperture informativo disciplinario”.

Los días 11 de agosto de 2003, 24 de septiembre de 2003 y 22 de noviembre de 2006, Ruano Torres interpuso recursos de revisión de sentencia ante el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, los que fueron declarados inadmisibles. El 19 de septiembre de 2014, dicho tribunal, tras realizar una audiencia especial de revisión de sentencia firme, confirmó la sentencia condenatoria en contra de Ruano Torres en el contexto de un recurso de revisión de decisión firme interpuesto por la defensa pública con posterioridad al informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El 26 de junio de 2015, Ruano Torres habría cumplido con la totalidad de la sentencia impuesta.

2. Sentencia: se declara responsable internacionalmente a la República de El Salvador por la violación del derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura, del derecho a la libertad personal, de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa y a ser oído con las debidas garantías, y del derecho a la protección judicial, así como por la falta de garantía del derecho a la integridad personal respecto de la obligación de investigar los actos de tortura, reconocidos en los arts. 5.1, 5.2, 7.1, 7.3, 7.6, 8.1, 8.2, 8.2.d), 8.2.e) y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de José Agapito Ruano Torres. Asimismo, se declara responsable internacionalmente al Estado por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de sus familiares.

Fondo

Esta Corte precisa las violaciones a los derechos humanos abarcadas por el reconocimiento de responsabilidad del Estado, así como la procedencia y alcance de aquellas invocadas por los representantes en forma autónoma respecto a los derechos a la integridad personal y la prohibición de la tortura, la libertad personal, la presunción de inocencia y la protección judicial con respecto a Ruano Torres.

La Comisión Interamericana concluyó en su informe de fondo N° 82/13 que los actos de violencia a los que fue sometido Ruano Torres alcanzaron un nivel de intensidad suficiente como para satisfacer el elemento de tortura relacionado con la existencia de un daño intenso o severo, lo que se ve reforzado por la ausencia de una investigación diligente por parte del Estado; que el uso de la violencia no era necesario: dicho accionar no tuvo la finalidad de neutralizar un riesgo

o resistencia que se hubiera presentado al momento de los hechos, sino que el objetivo era disminuir la resistencia física y psicológica de Ruano Torres, e incluso obtener su confesión o auto-identificación como “El Chopo”. Dichas conclusiones fueron aceptadas por el Estado en su reconocimiento de responsabilidad. Por eso, esta Corte acepta el reconocimiento de responsabilidad del Estado en el sentido de que los actos efectuados por las autoridades policiales al momento de la detención constituyeron en su conjunto tortura. Por lo tanto, se declara que el Estado violó el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Ruano Torres.

Se recuerda que, de conformidad con el art. 1.1 de la Convención Americana, la obligación de garantizar los derechos reconocidos en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este deber se sustenta en el presente caso en los hechos establecidos previamente, los cuales correspondía a los tribunales internos investigar. Se constata que, a pesar de que dichos actos fueron puestos en conocimiento de las autoridades, estas no iniciaron de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que garantizara la pronta obtención y preservación de pruebas y que permitiera establecer lo que le había sucedido a Ruano Torres. En esta línea, se advierte que el Juzgado de Primera Instancia de Toncatepeque no permitió la realización de una evaluación psicológica solicitada por el fiscal, luego de lo cual no se prosiguió con las investigaciones sobre los hechos de tortura. Por lo tanto, se acepta el reconocimiento de responsabilidad del Estado en el sentido de que no inició de oficio y con la debida diligencia una investigación sobre los actos de tortura y malos tratos a los que ha sido sometido Ruano Torres después de que se presentara una denuncia ante la Unidad de Investigación Disciplinaria de la Policía Nacional Civil por estos hechos, de modo tal que el Estado incumplió el deber de garantía del derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en conexión con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Ruano Torres.

Las determinaciones de la Comisión sobre la presunción de inocencia se remiten a dos ámbitos interrelacionados amparados bajo este derecho que se refieren al nivel de certeza requerido como presupuesto de la legitimidad de una condena: por un lado, respecto a la individualización e identificación de una persona antes de vincularla a una investigación y proceso penal; y por el otro, respecto al *onus probandi* y la prueba en que se sustenta la condena. Sobre el primer aspecto, determinó en su informe de fondo que existen múltiples elementos que generan dudas sobre la identidad de José Agapito Ruano Torres como “El Chopo”. No obstante, Ruano Torres fue condenado sin que las autoridades policiales, de investigación y judiciales adoptaran medidas mínimas para responder a las dudas generadas sobre su identidad. Lo anterior fue reconocido por el Estado. Este debería haber agotado los medios necesarios para investigar y determinar en forma fehaciente la persona que correspondía al sobrenombre de “El Chopo”. Sin embargo, la Fiscalía nada hizo por investigar los hechos indicados por Ruano Torres para descartar su participación en el hecho punible endilgado o para asegurar la comparecencia de la persona que según se indicaba sería “El Chopo”. Las autoridades no dieron una respuesta de

fondo a lo planteado en cuanto a si se había superado el estado de duda respecto a este aspecto fáctico. En situaciones como las del presente caso en que se presentan alegatos razonables sobre la no participación de uno de los imputados en el hecho punible en cuanto a que no era la persona a quien se le aplicaba el apodo, se considera que debió primar el respeto y garantía de la presunción de inocencia. Respecto a la segunda cuestión, se advierte que en sentencia pronunciada el 5 de octubre de 2001, el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador se basó en las “declaraciones unánimes y contestes” de la víctima del delito y de un coimputado a quien se le aplicó el criterio de oportunidad de la acción pública para emitir la condena. No se hizo alusión a otras pruebas de corroboración. En relación con la prueba testimonial relacionada con el trabajo de Ruano Torres en la escuela mientras ocurría el secuestro, el Tribunal afirmó que “tales circunstancias no han sido corroboradas por ningún otro medio probatorio; [...] se trata de parientes y amigos”. Las dos pruebas aludidas han determinado el resultado del proceso penal, al ser el fundamento central del procesamiento de Ruano Torres y su posterior condena.

Se advierte que, tal como lo determinó la Comisión, no existe una justificación en términos procesales penales dentro del expediente que indique las razones por las que la declaración del coimputado debía practicarse de manera anticipada. Durante dicha declaración, se verificó la presencia de la defensa privada de solo un imputado. Una vez que fueron individualizados los otros presuntos partícipes en el delito, estos no contaron con posibilidades de ejercer su derecho a la defensa, incluyendo uno de sus componentes fundamentales para asegurar el contradictorio, que es la facultad de contrainterrogar. En definitiva, la referida declaración fue rendida sin que los otros coimputados, entre ellos, Ruano Torres, pudieran ejercer su derecho a la defensa en ese momento o en un momento ulterior durante el transcurso del proceso penal, de modo tal que no contaron con oportunidades para contrainterrogarlo, lo que merma su confiabilidad y violenta las mínimas garantías de las que goza todo inculpa de un delito.

Se destaca la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia; por lo tanto, fundar una condena sobre esa base, sin que existan otros elementos de corroboración, vulneraría la presunción de inocencia. El otro elemento valorado por el tribunal fue la declaración realizada por la víctima del delito respecto a los imputados y la identificación positiva de Ruano Torres como uno de los partícipes en el hecho punible durante el reconocimiento en rueda de personas y en la vista pública. El Estado reconoció que la diligencia de reconocimiento habría sido realizada de forma irregular, toda vez que el fiscal habría señalado a José Agapito Ruano Torres a fin de que la víctima del secuestro lo pudiera identificar y se habrían consignado nombres falsos en el acta. Aunado a lo anterior, el Estado reconoció que Rodríguez Marroquín vio a las personas que fueron detenidas en el marco del “Operativo Guaza” y vinculadas al proceso penal en diversos medios de comunicación. Sobre la base de lo expuesto y del reconocimiento de responsabilidad del Estado, se considera que aquel es internacionalmente

responsable por la violación del art. 8.2 de la Convención Americana, que reconoce la presunción de inocencia, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Ruano Torres.

Se estima que la violación del art. 25.1 de la Convención se relaciona con la falta de respuesta de las autoridades sobre el mérito de los alegatos, pues no se realizó un análisis por parte de las autoridades judiciales a fin de establecer si había sucedido o no una violación a los derechos humanos, tales como la presunción de inocencia y el derecho a la defensa y, en su caso, proporcionar una reparación adecuada. Los recursos de revisión no constituyeron un recurso efectivo para remediar las vulneraciones de derechos humanos y, en particular, para controlar el respeto a la presunción de inocencia y al derecho a la defensa. En virtud de lo expuesto y tomando en cuenta el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, se concluye que el Estado es responsable por la vulneración del art. 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Ruano Torres.

El Estado reconoció su responsabilidad en cuanto a que la privación de libertad de Ruano Torres devino arbitraria, en violación al art. 7.3 de la Convención, toda vez que la sentencia se basó en un proceso penal en violación de las garantías judiciales. En lo que se refiere al inc. 6 del art. 7, según fue establecido por la Comisión y aceptado por el Estado, la acción de hábeas corpus presentada resultó ineficaz para tutelar el derecho a la libertad personal de Ruano Torres, dado que el órgano judicial no realizó las diligencias mínimas a fin de determinar si la detención había sido arbitraria, de modo tal que no reconoció violación alguna de derechos constitucionales y ordenó mantener la detención, en un plazo que se advierte irrazonable, toda vez que la resolución demoró nueve meses. Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del art. 7 de la Convención acarrea necesariamente la violación del art. 7.1 de la misma, tal como fue solicitado por los representantes. Por consiguiente, se declaró igualmente una violación del inc. 1 del art. 7 de la Convención. Si bien los representantes también invocaron el artículo 7.2 de la Convención, reconocieron al mismo tiempo que la privación de libertad fue legal, por lo que se estima que no concurren los elementos para pronunciarse al respecto. En consecuencia, el Estado violó el derecho a la libertad personal reconocido en el art. 7.1, 7.3 y 7.6 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Ruano Torres.

El Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación del derecho a la defensa establecida en el art. 8.2.d) de la Convención Americana, tal como fue establecido por la Comisión Interamericana en su informe de fondo. Los defensores incluyeron también en sus alegatos los arts. 8.1 y 8.2.e) de dicho tratado. El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. Este derecho necesariamente debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Este derecho se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho. La Convención Americana rodea

de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material, por ejemplo a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 8.2.g)) o las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (art. 8.3), como de la defensa técnica, en los términos que se desarrollarán a continuación. Dentro de este último ámbito, los literales d) y e) del art. 8.2 expresan, dentro del catálogo de garantías mínimas en materia penal, que el inculcado tiene derecho de “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección” y que si no lo hiciere tiene el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna”. Si bien la norma contempla diferentes alternativas para el diseño de los mecanismos que garanticen este derecho, cuando la persona que requiera asistencia jurídica no tenga recursos, esta deberá necesariamente ser provista por el Estado en forma gratuita. Pero en casos referidos a la materia penal, se consagra que la defensa técnica es irrenunciable, debido a la entidad de los derechos involucrados y a la pretensión de asegurar tanto la igualdad de armas como el respeto irrestricto a la presunción de inocencia: la exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar adecuadamente el proceso implica que la defensa que proporcione el Estado no se limite únicamente a aquellos casos de falta de recursos.

Un rasgo distintivo de la mayoría de los Estados parte de la Convención es el desarrollo de una política pública e institucional que garantiza a las personas que así lo requieran y en todas las etapas del proceso el derecho intangible a la defensa técnica en materia penal a través de las defensorías públicas, promoviendo de este modo la garantía de acceso a la justicia para las personas más desaventajadas. La institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica, permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.

Nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que aquel actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. Resulta necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculcado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. Para cumplir con este cometido, el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas, entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional. En El Salvador, el mandato constitucional de asegurar la defensa se hace efectivo a través de la asistencia técnica que brinda la Unidad de Defensoría Pública a solicitud de toda persona que esté privada –o amenazada– de su libertad individual. Esta unidad se inserta dentro de la Procuraduría General de la República y puede ser asimilada a un órgano del Estado, por lo que su conducta debe ser considerada como un acto del Estado en el sentido que le otorga el plexo de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

ilícitos realizados por auxiliares de la administración de justicia. En el presente caso, los defensores públicos ejercieron la defensa de Ruano Torres en un proceso que finalizó con una sentencia condenatoria en su contra. En el caso bajo estudio, se alega que la defensa técnica provista por el Estado no habría actuado de forma eficiente. La defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, pero aun así se considera una función que debe gozar de la autonomía necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones de asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado, por lo que se estima que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de la defensa pública, dados la independencia de la profesión y el juicio profesional del abogado defensor. En este sentido, esta Corte considera necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas.

Por lo dicho, para determinar si se ha vulnerado el derecho a la defensa por parte del Estado, deberá evaluarse si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que pueda tener un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado. En el presente caso, se verificó que los defensores que representaban a Ruano Torres no solicitaron la nulidad de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas sobre la base de las irregularidades que habrían sucedido según lo indicado por el propio imputado y otras personas, así como sobre la base de que la víctima del delito había visto a los detenidos en los medios de comunicación. De este modo, la identificación positiva de José Agapito Ruano Torres como uno de los partícipes en el hecho punible durante el reconocimiento en rueda de personas y en la vista pública se convirtió en uno de los fundamentos de la condena. Además, la defensa pública no presentó recurso contra la condena que permitiera obtener el doble conforme por parte de un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica al que emitió la sentencia condenatoria. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Tal omisión no se ve suplida por la presentación de un recurso de revisión una vez que la sentencia se encontraba firme —el cual tiene causales de procedencia específicas y es resuelto por el mismo tribunal que dictó la sentencia—. Está claro que tales omisiones dejaron a Ruano Torres en estado de indefensión, constituyendo una vulneración del derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor.

Además, la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública. Si es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control. La función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En suma, la responsabilidad internacional del Estado será, pues, también establecida si la negligencia inexcusable o falla manifiesta de la defensa debió haber sido evidente para las autoridades judiciales o bien fueron puestas en conocimiento de las

mismas, y no se adoptaron las acciones necesarias y suficientes para prevenir y/o remediar la violación al derecho a la defensa, de modo tal que la situación condujo a la violación del debido proceso, atribuible al Estado.

Antes de la vista pública, Ruano Torres solicitó la acreditación de un defensor particular, quien solicitó la suspensión de la audiencia a fin de “estudiar mejor la causa”, lo que no fue admitido por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador. Asimismo, existieron reiteradas quejas sobre la ineficacia de la defensa pública interpuestas ante el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, directamente o por intermedio de otras personas, que no recibieron una respuesta favorable durante el proceso o con posterioridad al mismo. Además, tales circunstancias fueron puestas en conocimiento de la Sala en lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso de hábeas corpus interpuesto, la cual mantuvo la situación imperante. De igual forma, la denuncia disciplinaria interpuesta fue declarada inadmisibles por la Corte Suprema de Justicia. En suma, las autoridades judiciales fallaron en su deber de erigirse en una garantía para la vigencia efectiva del derecho a la defensa técnica.

En las circunstancias descriptas, esta Corte considera que las fallas manifestadas en la actuación de los defensores públicos, y la falta de respuesta adecuada y efectiva por parte de las autoridades judiciales colocó a Ruano Torres en un estado de total indefensión, lo cual se vio agravado por el hecho de encontrarse privado de libertad durante toda la sustanciación de su proceso. Asimismo, en virtud de dichas circunstancias, se considera que no fue oído con las debidas garantías. En razón de lo expuesto y del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, la Corte concluyó que el Estado es responsable por la vulneración de los arts. 8.1, 8.2.d) y 8.2.e) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Ruano Torres.

Respecto de la integridad personal de los familiares, se constata que la esposa y el hijo de tan solo dos años de edad presenciaron las torturas que sufrió Ruano Torres, y que posteriormente ellos sufrieron secuelas psicológicas a raíz de esta situación. Además, su esposa padeció afectaciones psíquicas y físicas a raíz de las circunstancias de la detención de su esposo y su posterior privación de libertad arbitraria, así como también a su vida cotidiana por tener que criar sus hijos y velar por ellos sin el apoyo de su esposo. De igual forma, los hijos de Ruano Torres no han contado con la cercanía de la figura paterna y han sufrido por las consecuencias emocionales y económicas de la situación que padeció la víctima. Es decir, han padecido afectaciones a su integridad psíquica y moral, además de a su desarrollo personal, debido a la privación de libertad arbitraria de Ruano Torres. Por otro lado, es clara la relación entre Torres Hércules y Ruano Torres, el involucramiento profundo del primero en la búsqueda de justicia para su primo, y las afectaciones sufridas a raíz de la privación de libertad arbitraria y condiciones carcelarias padecidas por este. Por ello, se declara que el Estado violó el derecho reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de María Maribel Guevara de Ruano, Oscar Manuel Ruano Guevara, Keily Lisbeth Ruano Guevara y Pedro Torres Hércules.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Asimismo, se ordena al Estado: *i*) iniciar y conducir eficazmente, en un plazo razonable, la investigación y proceso penal de los actos violatorios del art. 5.2 de la Convención cometidos en contra de José Agapito Ruano Torres, para determinar las eventuales responsabilidades penales y, en su caso, aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea; *ii*) determinar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, las eventuales responsabilidades de los funcionarios de la defensoría pública que contribuyeron con su actuación a la violación de los derechos en perjuicio de Ruano Torres y, en la medida que corresponda, aplicar las consecuencias que la ley prevea; *iii*) adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectiva la declaratoria respecto a que la sentencia de condena que fue emitida en el proceso penal N° 77- 11 2001-2 en contra de Ruano Torres carece de efectos jurídicos en lo que respecta a la víctima en el presente caso y, por lo tanto, el Estado debe dejar sin efecto todas las consecuencias que de dicha sentencia se derivan, así como los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales, que existan en su contra a raíz de dicho proceso; *iv*) brindar gratuitamente a la víctima y sus familiares, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico si así lo solicitan; *v*) otorgar becas en instituciones públicas salvadoreñas en beneficio de Ruano Torres y sus familiares, *vi*) realizar las publicaciones dispuestas; *vii*) colocar una placa en un lugar visible de la sede de la Unidad de Defensoría Pública con el propósito de despertar la conciencia institucional para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso; *viii*) implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios y permanentes sobre los principios y normas de la protección de los derechos humanos, en particular las normas internacionales establecidas en los principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos, o degradantes dirigidos al personal de la Policía Nacional Civil y de la Fiscalía General de la República; *ix*) reforzar, en un plazo razonable, los sistemas de selección de defensores públicos que aseguren la designación de personas que cumplan con los requisitos de idoneidad y capacidad técnica comprobada, así como desarrollar controles a través de protocolos para asegurar la eficacia de la gestión de la defensa pública en materia penal; *x*) implementar, en un plazo razonable, si no existieran actualmente o, en su caso, fortalecer los programas de capacitación, como sistema de formación continua, dirigidos a los defensores públicos; *xi*) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización de los daños materiales e inmateriales, y *xii*) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de esta Corte la suma erogada durante la tramitación del presente caso.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 5-10-2015, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf>.



SALUD. SALUD PÚBLICA. PREVENCIÓN SANITARIA POR VACUNACIÓN. OBLIGATORIEDAD. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. **DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN.** AUTODETERMINACIÓN PERSONAL EN MATERIA SANITARIA. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: la Región del Veneto planteó la inconstitucionalidad de numerosos artículos del decreto-ley n° 73/2017 (Disposiciones urgentes en materia de prevención por vacunación –en adelante, decreto-ley–), convertido en la ley n° 119/2017.

En opinión de la Región, no estaban dados los requisitos para decretar un estado de emergencia en materia de prevención por vacunación, de modo que el decreto-ley se habría sancionado sin una emergencia sanitaria real que justificase la intervención estatal.

La Región impugnó la repentina introducción, prevista en el decreto-ley, de la obligatoriedad de diez vacunas para los menores de 16 años, incluso para los menores extranjeros no acompañados. El decreto-ley, además, prevé sanciones administrativas pecuniarias y la prohibición de acceder a los servicios educativos infantiles en caso de incumplimiento de dicha obligación. La Región consideró que el legislador no había logrado establecer un balance adecuado, respetando el principio de proporcionalidad, entre la tutela de la salud –tanto colectiva como individual– y la autodeterminación personal en materia sanitaria, garantizada por los arts. 2, 3 y 32 de la Constitución, así como por los arts. 1 y 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y 5, 6 y 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina. En efecto, según la Región, las normas impugnadas resultan excesivas y no idóneas en relación con el objetivo perseguido de tutelar la salud pública. Asimismo, la Región criticó las sanciones previstas para los supuestos de incumplimiento. En efecto, por un lado, estimó que las sanciones administrativas no eran realmente disuasivas y, por el otro, que resultaba excesiva la exclusión de los menores no vacunados de los servicios educativos infantiles, máxime cuando las omisiones se relacionaban con vacunas contra enfermedades transmisibles por contagio. Además, según la Región, las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos deseados de prevención sanitaria eran más severas de lo estrictamente necesario. Finalmente, alegó la vulneración del principio de precaución, toda vez que no se había realizado una evaluación precisa de la situación epidemiológica, y las normas impugnadas habían introducido una suerte de grotesca “experimentación en masa” obligatoria, carente de sustento en un sistema preventivo de farmacovigilancia o de una supervisión bioética.

2. Sentencia: todos los planteos de inconstitucionalidad promovidos por la Región del Veneto son infundados.

Es preciso observar que el preámbulo del decreto-ley hace referencia a la necesidad de garantizar, en el territorio nacional y de manera homogénea, las actividades orientadas a la prevención, contención y reducción de riesgos para la salud pública, y de asegurar la constante existencia de condiciones adecuadas de seguridad epidemiológica en términos de profilaxis y de cobertura vacunal; así

como también alude a la necesidad de garantizar el respeto de las obligaciones asumidas y de las estrategias acordadas a nivel europeo e internacional y de los objetivos comunes fijados en el área geográfica europea. El decreto-ley también pone de relieve la caída de la cobertura vacunal en los últimos años y la existencia en Italia de enfermedades que pueden prevenirse (tales como el sarampión, que reaparece periódicamente de manera epidémica) y que llevaron a las Regiones y a las entidades locales a adoptar iniciativas para controlar el acceso a los servicios para la infancia. Asimismo, expone que en Italia algunas enfermedades no han sido totalmente erradicadas y podrían volver a aparecer, incluso como consecuencia de los flujos migratorios (hace referencia, por ejemplo, a un foco de poliomielitis surgido en Siria). De los informes de la OMS publicados en mayo de 2017, surge que en Italia hay una cobertura vacunal del 93%, porcentaje inferior al de muchos Estados europeos. Cabe señalar que la OMS ha expresado su preocupación por la situación italiana actual en relación con enfermedades que pueden prevenirse con una vacuna –en particular, el sarampión– así como por la tendencia de las coberturas vacunales a estancarse o a disminuir. Por otra parte, la OMS resalta la importancia de la obligación de la vacunación y la utilidad del control de la cartilla de vacunación de los niños en el momento de la inscripción escolar.

Por todo lo dicho, no puede considerarse que el Gobierno y el Parlamento hayan excedido los límites del amplio margen de discrecionalidad que poseen al evaluar las condiciones de extraordinaria necesidad y urgencia que justifican el dictado de un decreto-ley en la materia. Ninguno de los argumentos expresados en sentido contrario por la Región resulta convincente.

En relación con una cobertura vacunal insatisfactoria en el presente, que en el futuro podría ser crítica, esta Corte considera que ella se encuadra en el ámbito de discrecionalidad y de responsabilidad política que tienen los órganos de gobierno para evaluar la urgencia de intervenir a la luz de los nuevos datos y fenómenos epidemiológicos, incluso por aplicación del principio de precaución que debe subyacer en un ámbito tan delicado para la salud de toda la ciudadanía como es el de la prevención.

En cuanto a la epidemia de sarampión del año 2017, la circunstancia de que afecte especialmente a un cierto sector (adulto) de la población no contradice la oportunidad de incrementar la profilaxis de la población en edad evolutiva, tanto para protegerla como para invertir la tendencia a la caída de las coberturas. Además, no cabe negar, como parece hacerlo la recurrente, que las medidas adoptadas tienen eficacia inmediata *per se*. Basta con observar que la normativa en examen prevé una obligación estructurada sobre la base de plazos específicos para cada una de las vacunas, articulando los recorridos procesales necesarios según una técnica legislativa razonable, y considerando la extensión del impacto. De todas formas, esta Corte ha observado recientemente que el estado extraordinario de necesidad y urgencia no postula inderogablemente la inmediata aplicación de las disposiciones del decreto-ley, sino que puede fundarse en la necesidad de actuar con urgencia incluso cuando, en algún aspecto, el resultado sea pospuesto. Es más, en uno de sus memorandums, la Región señala que si se presentaran casos esporádicos de enfermedades actualmente inexistentes en el territorio nacional, las coberturas

vacunales aumentarían en pocos días a un 100%. Semejante consideración revela una indebida superposición conceptual entre la urgencia de actuar y la emergencia sanitaria: la cobertura vacunal es un instrumento de prevención y exige ser puesta en marcha independientemente de un brote epidémico. Por ello, es preciso llegar a la conclusión de que el Gobierno y el Parlamento tienen facultades discrecionales para intervenir antes de que se verifiquen escenarios de alarma y para decidir, ante una prolongada situación de cobertura vacunal insatisfactoria, no esperar más para enfrentarla con medidas extraordinarias, incluso teniendo en consideración los plazos vinculados al comienzo del año escolar.

La evolución histórica de la normativa en materia de vacunación demuestra que, incluso antes de la sanción del decreto-ley, existía legislación estatal en materia de vacunas obligatorias. La introducción de la obligatoriedad de algunas vacunas cuestiona los principios fundamentales en materia de tutela de la salud atribuidos a la competencia legislativa del Estado, dado lo dispuesto por el art. 117.3 de la Constitución. Esta Corte ya ha explicado que el derecho de la persona a ser curada eficientemente conforme a los estándares de la ciencia y de la medicina, y a ser respetada en su integridad física y psíquica debe ser garantizado en condiciones de igualdad en todo el país, mediante una legislación general del Estado basada en los lineamientos compartidos por la comunidad científica nacional e internacional. Si bien es cierto que fundándose en los conocimientos científicos y experimentales, la diferenciación de terapias admitidas y no admitidas afecta directa y necesariamente los principios fundamentales en la materia, con mayor razón debe reservarse al Estado la tarea de calificar de obligatorio un determinado tratamiento sanitario basándose en los datos y conocimientos médico-científicos disponibles. En el presente caso, además, la profilaxis orientada a la prevención de la difusión de enfermedades infecciosas necesariamente requiere la adopción de medidas homogéneas en todo el territorio nacional. En efecto, según los documentos de las instituciones sanitarias nacionales e internacionales, el objetivo es la llamada “*herd immunity*” o inmunidad de grupo, que exige una cobertura vacunal generalizada en una determinada comunidad con el fin de eliminar la enfermedad y de proteger a aquellos que, por ciertas condiciones de salud, no pueden someterse a un tratamiento preventivo. En consecuencia, en este ámbito, razones lógicas más que jurídicas hacen necesaria la intervención del legislador nacional, y las Regiones deben respetar toda previsión contenida en la normativa nacional, aun cuando esta, no obstante su contenido específico y detallado, se ubica, en razón de la finalidad perseguida, en una necesaria integración con los principios del sector. Ello es cierto particularmente en la actualidad, cuando el legislador ha decidido emplear el incisivo instrumento de la obligación, fundándose en normas instrumentales y sancionatorias que, a su vez, concurren sustancialmente a conformar la obligación y a calibrar el equilibrio entre los diferentes intereses constitucionalmente relevantes. En sentido análogo, la jurisprudencia constitucional ha calificado como coesenciales a los principios fundamentales en la materia las disposiciones específicas que prevén sanciones administrativas y regulan el procedimiento para irrogarlas y verificar las transgresiones.

De igual modo, la competencia legislativa del Estado en materia de tutela de la salud sustenta la previsión de la vacunación obligatoria de los menores extranjeros:

en efecto, la protección de las vacunas no solo se vincula con el núcleo irreductible del derecho a la salud que tiene todo ser humano, sino que los objetivos de tutela de la salud pública perseguidos mediante la profilaxis preventiva de enfermedades infecciosas se verían frustrados si determinadas categorías de personas que están en el territorio fueran excluidas de la cobertura vacunal. Finalmente, las disposiciones en materia de inscripciones y obligaciones escolares constituyen “normas generales en materia de enseñanza” (art. 117, 2º párr., letra *n*) de la Constitución). En efecto, estas se orientan a garantizar que la asistencia escolar se realice en condiciones seguras para la salud de cada alumno. Por ello, estas normas definen características básicas de la estructura organizativa del sistema escolar y se encuadran en la competencia del legislador estatal.

La recurrente impugna la repentina introducción de una amplia nómina de vacunas obligatorias y contrapone, a la elección del legislador estatal, la eficacia de la estrategia adoptada por la Región mediante la ley regional nº 7/2007, fundada en el convencimiento y la persuasión, respetuosa de la libre autodeterminación individual y que hace un mejor balance de la exigencia de tutelar la salud individual y colectiva, y la libertad de elegir un tratamiento, garantizada por el art. 32 de la Constitución y por numerosos instrumentos internacionales y supranacionales. A este respecto, es necesario ante todo observar la consolidada jurisprudencia de esta Corte en materia de vacunación. El art. 32 constitucional postula la necesaria armonización del derecho a la salud de la persona con el coexistente y recíproco derecho de terceros, con el interés de la colectividad y, en el caso de las vacunaciones obligatorias, con el interés del niño, que también debe ser tutelado por los padres en cumplimiento de su deber de cuidado. En particular, esta Corte ha precisado que una ley que impone un tratamiento sanitario no es incompatible con la previsión constitucional citada.

Por consiguiente, los valores constitucionales vinculados con la problemática de las vacunaciones son múltiples e involucran, además de la libertad de autodeterminación individual en las elecciones inherentes a los cuidados sanitarios y la tutela de la salud individual y colectiva, el interés del menor, el cual debe ser perseguido sobre todo en el ejercicio del derecho-deber de los padres de adoptar conductas tendientes a proteger la salud de sus hijos, garantizando que dicha libertad no determine elecciones potencialmente perjudiciales para la salud de estos.

La armonización de estos múltiples principios deja lugar a la discrecionalidad del legislador para elegir las modalidades mediante las cuales asegurar la prevención eficaz de enfermedades infecciosas. El legislador puede optar por la técnica de la recomendación o por la de la obligación y, en este último caso, puede graduar las medidas –incluso sancionatorias– orientadas a garantizar la efectividad del cumplimiento de la obligación. Esta discrecionalidad debe ser ejercida a la luz de las diferentes condiciones sanitarias y epidemiológicas comprobadas por las autoridades y por la investigación médica en continua evolución, la cual debe guiar al legislador en el ejercicio de sus elecciones en la materia.

En el derecho comparado también existe una variedad de enfoques. En un extremo, se encuentran las experiencias de países que –incluso recientemente– han adoptado la obligación de vacunarse acompañada de sanciones penales (Francia); en el extremo opuesto, se ubican los programas promocionales respetuosos de la

autonomía individual (Reino Unido), y en el medio se observa una variedad de elecciones que comprenden hipótesis en las que la vacunación es considerada un requisito de acceso a las escuelas (EE.UU., algunas Comunidades Autónomas de España y también Francia), o casos en que la ley exige a los padres (o a quien ejerce la responsabilidad parental) consultar obligatoriamente a un médico antes de tomar una decisión, so pena de recibir sanciones pecuniarias (Alemania). En muchos países, además, se desarrolla actualmente un debate sobre las políticas de vacunación, orientado a la búsqueda de instrumentos jurídicamente más eficaces para satisfacer el objetivo compartido de proteger la salud de enfermedades infecciosas y de las que pueden derivar graves complicaciones, pero que pueden frenarse mediante una vacunación preventiva.

En cuanto a la legislación italiana, hacia fines de los años noventa, dada la mayor sensibilidad por los derechos de autodeterminación individual, en el ámbito sanitario se privilegiaron las políticas basadas en la sensibilización, la información y la persuasión más que en la obligación, garantizando que todas las vacunas fueran objeto de oferta activa, se encuadraran en los niveles básicos de las prestaciones y fueran suministradas gratuitamente a todos los ciudadanos según el calendario de vacunación. En este contexto, en algunas Regiones –como en el Veneto mediante la ley regional n° 7/2007–, de modo experimental, se suspendió la obligación de vacunarse. Sin embargo, en años más recientes, las coberturas cayeron en modo preocupante, situación que ha sido alimentada por la difusión de la tesis de que las vacunas son inútiles o incluso nocivas, convicción que nunca ha sido sufragada por evidencias científicas. A este respecto, cabe señalar que las vacunas, al igual que cualquier otro fármaco, están sujetas al sistema vigente de farmacovigilancia y que ejerce principalmente la Agencia Italiana de Medicamentos (AIFA, por sus siglas en italiano). En relación con ellas y con los demás medicamentos, la evolución de la investigación científica ha permitido alcanzar un nivel de seguridad cada vez más elevado, con excepción de casos muy raros, en los cuales, incluso debido a las condiciones individuales, la vacunación puede tener consecuencias negativas. Por esa razón, para dichos casos, el ordenamiento considera esencial garantizar una indemnización.

Paradojalmente, el éxito de las vacunas induce a muchas personas a considerarlas erróneamente superfluas o nocivas. En efecto, con la disminución de la percepción del riesgo de contagio y de los efectos dañinos de la enfermedad, en algunos sectores de la opinión pública pueden aumentar los temores por los efectos adversos de las vacunas. Frente a dichos fenómenos, el debate sobre la oportunidad de retomar la obligación de vacunarse ha permanecido abierto.

Actualmente, se asiste a una inversión de la tendencia –de la recomendación a la obligación de vacunarse– en la que también se encuadra la normativa objeto del presente caso. La elección del legislador estatal no puede ser censurada en el plano de la razonabilidad por haber sacrificado indebida y desproporcionadamente la libre autodeterminación individual con vistas a tutelar otros bienes constitucionales implicados, frustrando, al mismo tiempo, las diferentes políticas vacunatorias implementadas por la recurrente. En efecto, el legislador ha intervenido en una situación en la que el instrumento de la persuasión carecía de eficacia y optó

por la obligatoriedad de diez vacunas; mejor dicho, reconfirmó y reforzó dicha obligatoriedad, ya que nunca fue formalmente derogada, para las cuatro vacunas ya previstas por las leyes del Estado, y la introdujo para otras seis vacunas que ya habían sido ofrecidas a la población como “recomendadas”. No es correcto, entonces, afirmar —como lo hace la recurrente— que a partir de la nada, la ley introdujo repentinamente la imposición de un amplio número de vacunas. Por el contrario, la misma actualizó el fundamento jurídico subyacente al suministro de algunas vacunas e hizo obligatorio un cierto número de vacunas que con anterioridad habían sido recomendadas. Indudablemente, el vínculo jurídico es más estricto: lo que antes era una recomendación hoy es una obligación. Lo cierto es que en el horizonte epistemológico de la práctica médico-sanitaria, la distancia entre recomendación y obligación es bastante menor de la que separa a los dos conceptos en las relaciones jurídicas. En el ámbito médico, recomendar y prescribir son acciones percibidas como igualmente necesarias a los fines de satisfacer un objetivo determinado. En este contexto, en el régimen precedente, las vacunas no jurídicamente obligatorias eran propuestas con base en la autoridad de un consejo médico. En cambio, en el nuevo marco normativo, basado en la obligatoriedad jurídica, el legislador consideró que debía preservar un espacio adecuado para una relación con los ciudadanos basada en la información, en la comparación y la persuasión. En caso de incumplimiento de la obligación de vacunarse, el art. 1.4 del decreto-ley prevé un procedimiento orientado, en primer lugar, a brindar a los padres información adicional sobre las vacunas y a solicitar su aplicación. A esos fines, el legislador introdujo un coloquio entre las autoridades sanitarias y los padres, instituyendo una instancia de encuentro personal, instrumento particularmente favorable a la comprensión recíproca, a la persuasión y a la adhesión consciente. Solo tras ese procedimiento y previa concesión de un plazo adecuado, podrán ser infligidas las sanciones administrativas previstas. Entonces, en este contexto, el legislador configuró una intervención que no es irrazonable en las condiciones epidemiológicas y frente a los conocimientos científicos actuales. Nada impide que, de cambiar las condiciones, la elección pueda ser reconsiderada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 5/2018 del 22-11-2017, en <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.



SEGURIDAD SOCIAL. EXTRANJEROS. EXTRANJEROS NO RESIDENTES. INMIGRANTES. SALUD. DERECHO A LA SALUD. TRANSPLANTE DE ÓRGANOS. DERECHO A LA IGUALDAD. DIGNIDAD HUMANA. DERECHO A UNA VIDA DIGNA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Miguel Ángel Villela Meza, un ciudadano hondureño, ingresó en varias oportunidades a Colombia. Días después del último ingreso, en 2010, fue capturado y posteriormente condenado a prisión de cumplimiento efectivo en un centro hospitalario debido a sus problemas de salud. Un mes después de recuperar su libertad, contrajo matrimonio civil con Ivoneth Xiomara Vela Ruíz, colombiana, con quien actualmente reside en Bogotá. Estudia

Licenciatura en tecnología y Biblia y manifiesta interés en formar una familia y radicarse de manera definitiva en el país.

Está afiliado a la EPS Cafesalud del régimen contributivo en calidad de cotizante desde el 28 de abril de 2011 y, desde siete días después, a MedPlus Medicina Prepagada. Ese mismo año, se advirtió que padecía cirrosis, por lo cual el área de hepatología de la Fundación Cardioinfantil solicitó al departamento de autorizaciones de MedPlus que se lo evaluara como receptor de trasplante hepático, lo que fue denegado por “exclusión contractual”. Debido a sus problemas de salud, Villela fue hospitalizado en varias oportunidades en la Fundación Cardioinfantil, la cual, por esa razón, requirió a Cafesalud una autorización para iniciar la evaluación de receptor de trasplante. Dicha petición fue aceptada.

Paralelamente, Villela se presentó ante la Unidad Administrativa Especial de Migración de Colombia a fin de legalizar su permanencia en el país. Se le inició un proceso administrativo por infracción a las normas migratorias, se le impuso una multa por su permanencia irregular y, en atención a que se casó con una nacional y padece cirrosis, no fue expulsado del territorio colombiano. Posteriormente, le fue asignada una visa temporal para cónyuges, que le permitió regularizar su situación.

Villela solicitó el comienzo de los estudios de trasplante y la inclusión en la correspondiente lista de espera. La Fundación Cardioinfantil respondió que, debido a que el nombrado ostenta la calidad de extranjero no residente en Colombia, no era posible acceder a la solicitud, pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 del Decreto Reglamentario 2493/2004, estos solo podrán ser inscriptos cuando no existan receptores colombianos o extranjeros residentes en la lista de espera.

Entonces, Villela Meza interpuso una acción de tutela contra Cafesalud EPS, la Fundación Cardioinfantil y el Instituto Nacional de Salud por la presunta vulneración de sus derechos a la igualdad, a la salud y a una vida digna ante la negativa de estas entidades de incluirlo en lista de espera de trasplante hepático con fundamento en que se trata de un extranjero no residente. Solicitó que sean amparados sus derechos fundamentales y que se ordene su inclusión en la lista mencionada.

El Juzgado 44 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e igualdad, al considerar que las accionadas no habían vulnerado los derechos de Villela Meza. Destacó que el Decreto Reglamentario 2493/2004, que reglamenta los trasplantes anatómicos en Colombia, establece claramente un orden de preferencia en relación con el acceso de los órganos respecto de los colombianos y extranjeros residentes frente a los no residentes, el cual no es desigual ni discriminatorio. Indicó que el turno del accionante se encuentra supeditado al hecho de que no existan en lista de espera de trasplante hepático colombianos o extranjeros residentes puesto que no sería viable acoger su solicitud, dar prioridad a su caso y dejar de lado los turnos y criterios de asignación frente a los nacionales y a los extranjeros residentes.

Villela Meza impugnó la decisión. En segunda instancia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia, pues entendió que no se puede acceder a la pretensión de Villela Meza, en tanto que, en lo que respecta a la prestación del servicio de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia, existe una expresa prohibición legal. Consideró que la inclusión en la

lista de espera no puede desconocer los derechos que les asisten a los nacionales y extranjeros residentes.

La Sala de Selección de la Corte Constitucional escogió el caso para su revisión.

2. Sentencia: se confirman las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, que denegaron el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, salud y vida digna de Miguel Ángel Villela Meza.

Se exhorta al Gobierno nacional para que, en el menor tiempo posible, reglamente el art. 10 de la Ley 1805/2016 y establezca los lineamientos a los cuales deberán someterse los extranjeros no residentes en Colombia a efectos de poder acceder a la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos.

2.1. La Sala debe resolver si el Instituto Nacional de Salud, la EPS Cafesalud y la Fundación Cardioinfantil vulneraron los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, salud y vida digna de Villela Meza.

2.1.1. El derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia está contemplado en los arts. 13 y 100 de la Constitución Política de 1991 (CP), normas que se complementan entre sí. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado acerca de la armonización de ambos artículos y su significado respecto del derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia. Si bien el Estado tiene la obligación de brindar igualdad de trato a todas las personas, esto no significa que no se puedan establecer diferencias al momento de regular el ejercicio de determinados derechos, siempre que exista una justificación razonable para establecer ese trato diferenciado. El derecho a la igualdad consignado en la CP no opera de la misma manera cuando se trata de extranjeros y nacionales. Esto implica que, cuando una autoridad regule un aspecto relacionado con los derechos de los extranjeros en el que se pretenda imponerles limitaciones a su ejercicio o subordinarlos a requisitos específicos y determinar, de esta manera, un trato diferente, deberá establecer el ámbito en el que se realiza dicha regulación con la finalidad de hacer un examen respecto del principio de igualdad para evitar graves vulneraciones a los derechos.

2.1.2. Respecto de la protección del derecho fundamental a la salud, los arts. 48 y 49 CP establecen que la prestación del servicio de salud es una obligación que se encuentra a cargo del Estado, debe garantizarse a todas las personas y se halla sujeta a los principios de solidaridad, eficacia y universalidad. Así, el legislador sancionó la Ley 100/1993, que reglamentó la prestación del servicio, creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud y consignó las modalidades mediante las cuales las personas podrán acceder a este. Frente a este último aspecto, la ley creó dos regímenes a través de los cuales se puede acceder a la prestación: (i) el régimen subsidiado y (ii) el régimen contributivo. El primero está establecido para aquellas personas que no tengan la posibilidad de contribuir al sistema porque no cuentan con una capacidad de pago suficiente, mientras que el segundo cubre a aquellos que cuentan con ingresos suficientes. El sistema se encuentra establecido de tal manera que todas las personas que viven en Colombia puedan tener acceso a la prestación del servicio de salud.

Posteriormente, se sancionó la Ley 1438/2011, cuya finalidad era asegurar el acceso de todos los residentes en el país al sistema general de seguridad social en materia de salud, garantizar el principio de universalidad y, de esta manera, extender la cobertura del sistema. En esa medida, establece que el servicio debe ser prestado a todas las personas, incluso a aquellas que no se encuentren afiliadas al sistema, obligación que estipuló en cabeza de las distintas entidades territoriales.

Respecto de los extranjeros que se encuentren en Colombia, esta Corte ha indicado que tienen derecho a recibir un mínimo de atención en casos de necesidad y urgencia con el fin de garantizar la protección de sus derechos fundamentales en concordancia con los mandatos constitucionales y los instrumentos internacionales suscriptos. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales estas personas decidan establecerse en el país, podrán acceder sin ningún tipo de restricción al sistema general de seguridad social en salud y afiliarse a cualquiera de los dos regímenes, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en la ley y su situación migratoria se encuentre regularizada.

2.1.3. La determinación de la política migratoria del Estado se encuentra en cabeza del Presidente de la República, toda vez que por aplicación del art. 189.2 CP le corresponde dirigir las relaciones internacionales. En Colombia han existido diferentes normas que han regulado el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional: (i) Decreto 4000/2004 (que establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores es el coordinador de la política migratoria en el territorio colombiano, lo que implica que es la entidad encargada de expedir las visas, así como de controlar el ingreso y la salida de extranjeros); (ii) Decretos 834/2013 y 132/2014 (mediante los cuales se derogó el Decreto 4000/2004, se establecieron disposiciones en materia migratoria y se modificó la tipología de las visas); (iii) Decreto 941/2014 (que crea otra categoría de visa temporal, destinada a extranjeros oriundos de los Estados partes de MERCOSUR y sus asociados que quieran establecer su residencia en Colombia); (iv) Decreto 1067/2015 (a través del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores, se derogaron las normas anteriormente citadas y se mantuvieron tres clases de visas: a) de negocios (NE); b) temporal (TP) y c) residente (RE)).

Respecto del caso que nos ocupa, analizada la reglamentación citada, es posible colegir que el extranjero que quiera ingresar a Colombia o que ya se encuentre dentro del territorio y que esté casado o sea compañero permanente de un nacional, podrá ser acreedor de la visa TP-10, lo que le permitirá permanecer en el país de manera legal y en condición de extranjero no residente. Ahora bien, si la pretensión es obtener la residencia, deberá esperar que transcurran como mínimo tres años para solicitar una nueva visa que le permita acceder a la categoría de extranjero residente.

2.1.4. Respecto del marco legal y jurisprudencial aplicable al trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en Colombia, la primera norma que se refirió a ello fue la Ley 9/1979, a través de la cual se le impuso al Ministerio de Salud regular la donación o el trasplante de órganos, tejidos y líquidos. De igual manera,

se les atribuyó a las entidades interesadas en prestar estos servicios la obligación de solicitar ante la autoridad sanitaria una licencia para realizar estas prácticas.

Posteriormente, se sancionó la Ley 73/1988, mediante la cual se reguló, entre otros temas, el consentimiento requerido por parte del donante o de los familiares del fallecido para realizar los procedimientos de trasplante de componentes anatómicos.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el Gobierno nacional decidió dictar el Decreto Reglamentario 2493/2004, que reguló la obtención, preservación, transporte, destino y disposición final de los componentes anatómicos. Asimismo, creó la red de donación y trasplante, estableció sus integrantes, así como las funciones que tienen. Desde ese momento, el Ministerio de Salud, antes de la Protección Social, y el Instituto Nacional de Salud dictaron diferentes resoluciones y circulares que establecieron los lineamientos que deben seguir los integrantes de la red de donación y trasplante. Esta red está estructurada en dos niveles: uno nacional, cuya coordinación se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Salud (INS), y otro regional, que se encuentra a cargo de las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud. De igual manera, las IPS habilitadas con programas de trasplante de órganos forman parte de la red y, de conformidad con el Decreto Reglamentario 2493/2004, deben estar inscritas ante la respectiva Dirección de su competencia territorial. En ese sentido, el INS y las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud tienen la función de asignar los componentes anatómicos donados, con arreglo a los principios de equidad e igualdad, por lo que debe impedirse la discriminación por razones de origen familiar, estrato socioeconómico, sexo, raza, lengua, religión, opinión política o filosófica.

En términos generales, el procedimiento para la asignación de los componentes anatómicos comienza con la IPS habilitada en la que se encuentra el donante: una vez rescatado el componente, será esta la que, de acuerdo a su lista de espera y a los criterios técnico-científicos establecidos, determine si puede usarlo en uno de sus receptores. De no poder hacerlo, deberá notificar de manera inmediata a la Dirección Regional de Salud para que determine si, dentro de su territorio, existe alguna otra IPS habilitada que pueda usarlo. De no ser así, se deberá comunicar a la coordinación nacional de la red para que esta designe el componente anatómico en cualquier otra Dirección Regional que así lo requiera. Empero, si el donante se encuentra en una IPS que no tiene habilitado el programa de trasplantes, deberá informar a su Dirección Regional de la existencia del componente para que sea asignado a otra institución que cuente con licencia para practicar este tipo de procedimientos.

En lo que tiene que ver con la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en Colombia, el art. 40 del mencionado Decreto Reglamentario 2493/2004 establece que podrá efectuarse, siempre y cuando no existan en lista de espera regional o nacional receptores colombianos o extranjeros residentes. En otras palabras, la norma otorga un trato preferencial a los nacionales y a las personas con residencia en el país frente a los extranjeros que solo se encuentran de manera temporal en el territorio colombiano.

Ahora bien, de manera paralela y ante el incremento del comercio ilegal de componentes anatómicos y tejidos, se sancionó la Ley 919/2004, a través de la cual se prohibió la comercialización de componentes anatómicos humanos

para trasplante, además de tipificar como conducta punible su tráfico. Esto busca desincentivar esta actividad ilícita, en plena concordancia con los distintos instrumentos internacionales ratificados.

Sobre el art. 40 del Decreto Reglamentario 2394/2004, se pronunció el Consejo de Estado en una sentencia del 8 de abril de 2010, en la que se examinó una demanda de nulidad interpuesta contra diferentes artículos del citado decreto y en la que se insistía en que el supuesto regulado en el art. 40 era discriminatorio. En dicha providencia, ese tribunal se refirió a la preocupación existente en la comunidad internacional respecto del incremento del llamado “turismo de trasplantes”. De igual manera, consideró que la disposición no era discriminatoria, ya que permite a los extranjeros no residentes en Colombia acceder al servicio de trasplantes sometiéndose a una lista de espera y a un orden prevalente. Por ello, el Instituto Nacional de Salud profirió la Circular 20963/2011, mediante la cual estableció los lineamientos para la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia, así como el procedimiento que estos deben seguir para solicitar el respectivo servicio.

Posteriormente, esta Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido normativo del art. 40 del Decreto Reglamentario 2394/2004 en la sentencia T-1088/2012, en la que se estudió el caso de un ciudadano brasileño al cual se le negó la inclusión en lista de espera de trasplante de hígado por tratarse de un extranjero no residente en Colombia. En esa oportunidad, se consideró que el trato preferencial consagrado en aquella norma para los nacionales y extranjeros residentes frente a los extranjeros no residentes en el territorio nacional es justificado, en la medida en que solo los primeros están obligados a cumplir con los deberes que les imponen la Constitución y las leyes y que, por lo tanto, la prestación del servicio a los segundos solo podría ocurrir en el marco de una situación imprevisible, pues a quien le corresponde, en principio, garantizar esa prestación es al Estado del cual es súbdito el extranjero.

Asimismo, en la sentencia T-1088/2012, esta Corte manifestó: “el tratamiento diferenciado consagrado en la referida normatividad, es legítimo, en la medida en que busca garantizar los derechos fundamentales de los pacientes nacionales y extranjeros residentes que se encuentran en las listas de espera y, a su vez, pretende desincentivar el turismo de trasplante en el país”. En dicha resolución, esta Corte ordenó al INS emitir una circular en la que se consignaran nuevos lineamientos respecto de la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos a los extranjeros no residentes. Como resultado, surgió la Circular externa 41/2013, en la que nuevamente se estableció el procedimiento que deben seguir los extranjeros no residentes en el territorio colombiano para acceder a un trasplante de conformidad con el art. 40 del ya mencionado decreto y las consideraciones de la sentencia T-1088/2012.

Por último, en agosto de 2016 se sancionó la Ley 1805, modificatoria de las leyes 73/1988 y 909/2004 en materia de donación de componentes anatómicos. Respecto de la prestación del servicio de trasplante a los extranjeros no residentes en el territorio nacional, el art. 10 de la norma establece que “[s]e prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, salvo que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del

donante”. Asimismo, “[e]l Ministerio de Salud podrá autorizar de manera transitoria los trasplantes a extranjeros no residentes cuando se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna. En todo caso los nacionales y los extranjeros residentes tendrán prelación”.

2.2. En el caso bajo consideración, esta Corte considera que el INS, la Fundación Cardioinfantil y la EPS Cafesalud no vulneraron los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, salud y vida digna de Villela Meza al negarse a incluirlo en la lista de espera de trasplante de hígado.

El art. 40 del Decreto Reglamentario 2493/2004, en vez de restringir de manera absoluta la prestación del servicio de trasplante anatómico a los extranjeros no residentes, lo que hace es establecer un orden de preferencia. Ante la existencia de un órgano o tejido que no pueda ser asignado a un nacional o extranjero residente inscripto en alguna de las listas (regional o nacional), de conformidad con los estrictos criterios técnico-científicos que rigen su asignación, se podrá beneficiar al extranjero no residente que cumpla con el procedimiento establecido en las circulares dictadas por el Instituto Nacional de Salud.

En consecuencia, la negativa de la Fundación Cardioinfantil de iniciar el procedimiento para la inscripción del accionante en la lista de espera responde a que no se acreditaron las condiciones para prestar el servicio, de conformidad con la norma antes citada y las respectivas circulares expedidas por el Instituto Nacional de Salud, puesto que en la actualidad existen 134 colombianos inscriptos en la lista de espera regional y nacional para trasplante hepático.

Villela Meza ostenta la calidad de extranjero no residente en Colombia, puesto que se le había concedido una visa en octubre de 2015 con vigencia de tres años, luego de verificar que se encuentra casado con una colombiana. Cabe recordar que el accionante fue sancionado por la permanencia irregular en el territorio colombiano, ya que tardó en presentarse ante las autoridades migratorias varios meses, pese a haber obtenido su libertad el 30 de diciembre de 2014. Por lo dicho, Villela Meza podrá solicitar la visa de residente en el año 2018.

Por último, debido a la sanción de la Ley 1805/2016, en la que se prohibió la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en Colombia con algunas salvedades, y se estableció que, en el caso de no existir receptor nacional o extranjero residente, el Ministerio de Salud podrá autorizar de manera transitoria el servicio, se torna necesaria la reglamentación de dicha disposición. Por ello, se exhortará tanto al INS como al Ministerio de Salud para que, en el menor tiempo posible, regulen el art. 10 de la Ley 1805/2016 y establezcan los nuevos lineamientos a los cuales deberán someterse quienes ostenten la calidad de extranjeros no residentes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por Miguel Ángel Villela Meza c. Cafesalud EPS, la Fundación Cardioinfantil y el Instituto Nacional de Salud, sentencia T-728/16 del 16-12-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-728-16.htm>>.



SEGURIDAD SOCIAL. SALUD. DERECHO AL DIAGNÓSTICO COMO COMPONENTE DEL DERECHO A LA SALUD. OBRAS SOCIALES. NEGACIÓN DE PRESTACIONES MÉDICAS ORDENADAS POR UN MÉDICO TRATANTE NO ADSCRIPTO A LA RED PRESTACIONAL DE LA ENTIDAD DE SALUD A LA QUE SE ENCUENTRA AFILIADO EL PACIENTE. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD. **AMPARO.** PROCEDENCIA. INMEDIATEZ. SUBSIDIARIEDAD. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. TERCERA EDAD. AGENTE OFICIOSO (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Emiliano Alcides Zuleta Díaz, de 75 años, se encuentra afiliado al Sistema de Salud; padece hipertensión arterial, diabetes mellitus, hipercolesterolemia y gastritis aguda. Por ello, su endocrinólogo particular le prescribió una determinada medicación. Cuando Cafesalud E.P.S. (entidad promotora de salud) se negó a suministrarle esos medicamentos aduciendo que fueron ordenados por un médico no adscripto a la red prestacional de dicha entidad, el señor Zuleta Díaz, a través de un agente oficioso, presentó una acción de tutela contra aquella por considerar que esa entidad había vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, al negarle al nombrado el suministro de los medicamentos prescritos por su médico particular, y solicitó que se ordenara tal suministro y el tratamiento integral requerido.

Cafesalud E.P.S. sostuvo que la conducta desplegada por la entidad había sido legítima y no había vulnerado ningún derecho fundamental. Informó al juez que los medicamentos pretendidos en el escrito de tutela serían entregados previa aprobación por parte del Comité Técnico Científico y remitió el historial de los medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) que se habían autorizado a Zuleta Díaz. Sin embargo, en contraposición a lo expuesto, pidió que se ordenara la evaluación de Zuleta Díaz por parte de un médico internista endocrinólogo adscripto a la red de prestadores de servicios de la E.P.S. para que este confirmara, descartara o modificara el diagnóstico del médico particular.

El Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar, en única instancia y mediante sentencia del 4 de junio de 2015, consideró que si bien la prescripción médica había sido otorgada por un profesional no adscripto a la red prestacional de la entidad accionada, conforme con el precedente jurisprudencial constitucional, este tipo de conceptos médicos externos vinculan a las entidades promotoras de salud cuando estas no confirman, descartan o modifican el contenido del diagnóstico con base en consideraciones de carácter técnico. En ese sentido, concedió el amparo en lo relativo a la entrega de los medicamentos ordenados por el médico particular y autorizó a Cafesalud E.P.S. para que recobrara el porcentaje legal ante el Ministerio de la Protección Social y el Fosyga de los gastos en que incurriera con ocasión del cumplimiento de la sentencia y que no estuviera en la obligación legal de asumir. En cuanto al reconocimiento del tratamiento integral, concluyó que las patologías padecidas por el actor no forman parte de las enfermedades consideradas catastróficas, por lo que decidió negar esta pretensión.

La decisión no fue recurrida.

Dicho proceso fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Once, mediante auto del 26 de noviembre de 2015. La magistrada ponente solicitó la producción de pruebas tendientes a conocer la capacidad económica de Zuleta

Díaz; sin embargo, después de vencido el término concedido a las partes, el despacho no recibió respuesta.

2. Sentencia: se confirma parcialmente el fallo proferido por el Juzgado de única instancia, en el que se protegió el derecho fundamental a la salud de Emiliano Alcides Zuleta Díaz.

Se ordena a Cafesalud E.P.S. que realice un diagnóstico a Zuleta Díaz a través de dos especialistas endocrinólogos adscriptos a su red prestacional o por un Comité Técnico Científico que confirme, descarte o modifique la orden de servicios externa, y que, además, determine con precisión, suficiencia y claridad la cantidad y periodicidad de los tratamientos, medicamentos, exámenes, insumos y demás servicios de salud requeridos por el paciente para atender las patologías que presenta, los cuales deberán ser suministrados de manera integral, de forma oportuna y sin que se deba recurrir al juez de tutela cada vez que se agoten tales medicamentos y se requieran nuevamente los servicios. Para el cumplimiento de esta orden, se advierte que Zuleta Díaz debe contribuir al equilibrio, financiamiento y sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social de Salud en la medida en que sus ingresos se lo permitan y, en todo caso, sin que las contribuciones que deba efectuar afecten sus derechos fundamentales, especialmente, su mínimo vital.

2.1. Toda persona tiene derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular, en los casos señalados por la ley (art. 86 de la Constitución Política –CP–). Por otra parte, el art. 10 del Decreto 2591/1991 establece que cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales puede ejercer, por sí misma o a través de su representante, la referida acción constitucional; y agrega la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, situación que deberá manifestarse en el escrito de tutela. En relación con esta última figura procesal, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular), y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.

Luis Daza Martínez manifestó que actuaba en calidad de agente oficioso de Emiliano Alcides Zuleta Díaz, quien, debido a su avanzada edad y a los quebrantos de salud que lo aquejan, se encuentra imposibilitado para promover su propia defensa. En concreto, el agente oficioso sostuvo que fundaba la presentación de la acción de tutela en “el estado de debilidad e indefensión manifiesta que presenta el paciente, por su deplorable estado de salud que no le permite ejercer su propia defensa (...)”, de manera que la Sala no puede pasar por alto la afirmación hecha

por el tutelante, en procura de garantizar a una persona de la tercera edad el acceso continuo a los servicios que requiere para tratar las enfermedades que son causa de su situación delicada de salud. Cabe destacar que la demandada no se pronunció en contrario, a pesar de que cuenta con información completa sobre la historia clínica del agenciado y conoce las repercusiones de sus enfermedades en el desarrollo regular de sus actividades básicas, incluyendo la defensa directa de sus intereses. Teniendo en cuenta estas circunstancias y de conformidad con el art. 20 del Decreto 2591/1991, se presumirán ciertas las afirmaciones efectuadas por la parte interesada porque no fueron desvirtuadas en su oportunidad. En consecuencia, la Sala de Revisión concluye que Daza Martínez está legitimado para actuar como agente oficioso de Zuleta Díaz.

2.2. La acción de tutela es procedente cuando: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86 CP y art. 6 del Decreto 2591/1991). La procedibilidad de la tutela está supeditada al cumplimiento del principio de inmediatez, que exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

La Corte ha señalado que el derecho fundamental a la salud goza de ese carácter de manera autónoma, y dada la ausencia de otros mecanismos de defensa judicial eficaces, toda persona puede acudir a la acción de tutela para demandar su protección y obtener un amparo definitivo. Esta acción siempre es el medio de defensa judicial eficaz para proteger las garantías constitucionales, especialmente cuando se trata de sujetos de especial protección que requieran la adopción de medidas urgentes por parte del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Esta Sala considera que la acción de tutela presentada por Daza es procedente, puesto que: (i) Zuleta Díaz es un sujeto de especial protección constitucional debido a su avanzada edad, por lo cual debe ser especialmente asistido por el Estado, la sociedad y la familia, en concurrencia, cuando sus garantías constitucionales estén siendo amenazadas o desconocidas por la acción u omisión de una entidad pública o de los particulares; (ii) padece de hipertensión arterial, diabetes mellitus, hipercolesterolemia y gastritis aguda, patologías que lo colocan en una situación de debilidad manifiesta; y (iii) no existe otro medio de defensa judicial eficaz para satisfacer de forma inmediata su derecho fundamental a la salud, de manera que siempre es esta la vía idónea para adoptar medidas de protección ante situaciones que afectan el goce pleno del derecho y obstaculicen a las personas alcanzar el mayor nivel de salud física y mental, argumentos de los que se puede inferir que el requisito de subsidiariedad se encuentra satisfecho.

En cuanto al cumplimiento de la inmediatez, se advierte que la orden médica (en la que se ordenaba el suministro de los medicamentos) que originó la negativa por parte de Cafesalud E.P.S. fue expedida el 10 de abril de 2015 y la acción de tutela se interpuso cuarenta y dos días después, término que es razonable para acudir a la administración de justicia.

En consecuencia, la Sala pasa a analizar el fondo de la petición de tratamiento integral hecha por el accionante, a cuyo fin debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿una E.P.S. vulnera el derecho fundamental a la salud de uno de sus afiliados cuando niega el acceso a un servicio de salud (medicamentos) ordenado como necesario por un médico especialista no adscripto a su red prestacional, sin antes realizar un examen diagnóstico que (i) confirme, descarte o modifique la orden de servicios externa y, además, (ii) determine con precisión y suficiencia los servicios que componen el tratamiento requerido?

2.3. Esta Corte ha sostenido que la atención en materia de salud debe prestarse de manera integral, es decir, debe cubrir todas las prestaciones y servicios que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional.

Recientemente el Congreso de la República, en atención a los pronunciamientos de esta Corte relativos al derecho fundamental a la salud, promulgó la Ley Estatutaria 1751/2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Su art. 8, titulado “la integralidad”, precisa que todos los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa con el objetivo de prevenir o curar las patologías que presente el ciudadano, y con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud del paciente y su sistema de provisión, cobertura o financiación. Y advierte que en ningún caso se podrá fragmentar la responsabilidad en la prestación de un servicio médico. No obstante, el concepto de integralidad no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada; debe existir un diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal, salvo situaciones excepcionales.

El derecho al diagnóstico, como componente del derecho a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Un diagnóstico efectivo comprende tres etapas: identificación, valoración y prescripción. La primera comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente; a partir de los resultados de aquellos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

En principio, la competencia para emitir un diagnóstico está en cabeza del médico tratante adscripto a la red prestacional de la E.P.S. a la que se encuentra afiliado el usuario, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos que conoce el historial médico del paciente; de ahí que su opinión sea el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos, aunque no el único y exclusivo, toda vez que el diagnóstico de un médico externo tiene carácter vinculante cuando se cumplen ciertos supuestos. Al respecto, esta Corte ha sostenido (T-760/2008) que una E.P.S. vulnera el derecho fundamental a la salud de un ciudadano cuando conoce una opinión médica particular, pero no la confirma, modifica o descarta con

base en criterios técnico-científicos y, además, niega las prestaciones contenidas en ella por el hecho de que lo ordenó un especialista no adscripto a su red prestacional. En ese sentido, en la sentencia T-373/2012, se analizó el caso de una ciudadana a la que Cafesalud E.P.S. le negó la extracción de un tumor en un ovario diagnosticado por un médico no adscripto a la red prestacional de la entidad; y se consideró que “no tener el diagnóstico o no aceptar el criterio de un médico externo, puede convertirse en un ilegítimo [*sic*] obstáculo contra el acceso al derecho constitucional a la salud”. En consecuencia, ordenó a la E.P.S. que dispusiera de un médico especialista adscripto a su red prestacional para que, por medio de un diagnóstico, definiera los procedimientos quirúrgicos pretendidos y su necesidad de práctica.

Para resumir, el diagnóstico médico se constituye en el punto de partida para garantizar el acceso a los servicios de salud, toda vez que a partir de una delimitación concreta de los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos requeridos, se pueden desplegar las actuaciones médicas tendientes a restablecer la salud del paciente.

2.4. En este caso, Cafesalud E.P.S. vulneró el derecho a la salud de Zuleta Díaz por no realizar un diagnóstico que confirmara, modificara o descartara la orden médica del endocrinólogo al que accedió el actor para tratar su enfermedad y, además, estableciera con precisión y suficiencia los procedimientos, medicamentos y exámenes que podría requerir el paciente de acuerdo con las patologías que padece.

El único argumento que tuvo Cafesalud para negar la autorización y el suministro de los medicamentos prescritos por el endocrinólogo particular es que este no está adscripto a su red prestacional, omitiendo así la práctica de una valoración médica que permitiera modificar, aprobar o descartar la recomendación externa. Es tan evidente la falta de un diagnóstico previo a la negativa que la E.P.S. en el escrito de contestación de la acción de tutela (*i*) aseguró que los medicamentos pretendidos en la acción de tutela serían entregados previa aprobación del Comité Técnico Científico y (*ii*) solicitó de manera subsidiaria que se ordenara la valoración de Zuleta Díaz por un médico endocrinólogo adscripto a su red de prestadores de servicios para que este confirmara, descartara o modificara el dictamen particular.

Esta Corte ha reiterado que los usuarios del sistema tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieren, estén o no incluidos en los planes de beneficios, siempre que se trate de un servicio (*i*) indispensable para garantizar la salud, la integridad y demás garantías fundamentales del usuario, (*ii*) que haya sido ordenado por el médico tratante, (*iii*) que no tenga en el POS un sustituto que cumpla la misma labor en la protección de la salud, y (*iv*) al que la persona no pueda acceder de forma particular por no tener recursos económicos.

En el caso concreto, al no existir una valoración científica y especializada por parte de profesionales adscriptos a Cafesalud E.P.S. o de un Comité Técnico Científico conformado por tal entidad, no solo se dejó de confirmar, modificar o descartar la orden de medicamentos, sino que además no se determinó con claridad, precisión y suficiencia los servicios médicos requeridos para otorgar a Zuleta Díaz una atención integral conforme a su enfermedad. Esta falta de diagnóstico se agrava si se tiene en cuenta que se trata de una persona de la tercera edad y que la E.P.S. accionada podía inferir las implicaciones que podría traer una falta de atención médica oportuna.

Por otro lado, la Sala verificó que Zuleta Díaz se encuentra vinculado al régimen contributivo de salud en calidad de *cotizante*, lo cual no es óbice para que reciba de manera integral la atención médica que requiere para el restablecimiento de su salud física y mental. En ese sentido, se advierte que de conformidad con el principio de solidaridad, consagrado en el literal (i) del art. 6 de la Ley Estatutaria de Salud 1751/2015 (que es también un deber ciudadano según lo dispuesto en el literal (i) del art. 10 de la misma norma), Zuleta Díaz debe contribuir con el financiamiento y sostenibilidad del Sistema Público de Salud asumiendo el costo de algunos servicios en la medida en que sus ingresos se lo permitan y, en todo caso, sin que las contribuciones que deba efectuar por concepto de pagos moderadores (copagos y cuotas moderadoras, según el caso) afecten sus derechos fundamentales, especialmente su mínimo vital.

Cabe referirse a la práctica en la que han incurrido la mayoría de las E.P.S. en cuanto a la tramitología al momento de prestar atención a las personas que requieran sus servicios. En el escrito de contestación, Cafesalud E.P.S. reconoce su obligación de confirmar, modificar o descartar una opinión de un médico particular; sin embargo, condiciona su desarrollo a una orden judicial. Esta Sala considera que este tipo de posiciones imponen a los usuarios cargas y trámites que, atendiendo al principio de integralidad y accesibilidad del sistema de salud, contemplados en la Ley Estatutaria de Salud 1751/2015, no pueden asumir.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-100/16, *Emiliano Alcides Zuleta Díaz c. Cafesalud E.P.S.*, sentencia del 1-3-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-100-16.htm>>.



VIOLENCIA DOMÉSTICA. VIOLENCIA DE GÉNERO. MUJER. DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DEBIDO PROCESO. DEFECTO FÁCTICO. NO VALORACIÓN DE LA PRUEBA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE CUALQUIER TIPO DE VIOLENCIA. PERSPECTIVA DE GÉNERO. DIGNIDAD HUMANA. DERECHO A UNA VIDA DIGNA. AMPARO. PROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: en el año 1989, Carmen y Carlos iniciaron una relación sentimental, fruto de la cual concibieron dos hijos. Carmen afirmó que, desde 2001, él comenzó a exhibir conductas violentas y a ausentarse repetidamente del hogar. Por ello, la relación se dio por terminada en 2004, y Carlos abandonó el lugar donde convivían. Tiempo después, Carlos vendió la casa donde Carmen habitaba con sus hijos, razón por la cual ella inició un proceso de pertenencia en su contra, caso en el que intervino el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá. Carmen también denunció a Carlos por incumplimiento del deber de asistencia alimentaria para los hijos en común. Además, debido a que persistieron los actos de violencia, solicitó una medida de protección ante la Comisaría 17 de Familia de Bogotá, la cual resolvió ampararla y ordenó: (i) a Carlos, abstenerse de proferir ofensas, amenazas

y/o agresiones físicas, verbales o psicológicas contra Carmen en cualquier lugar donde ella se encuentre; y de protagonizar escándalos en el sitio de residencia, trabajo, en la calle y/o en cualquier otro lugar en que Carmen se encuentre; (ii) y a las autoridades, brindar protección especial a las víctimas. En el año 2009, la Fiscalía de Engativá encomendó la protección de Carmen y de sus hijos a la Policía de Engativá.

Ese año, debido al temor y a los constantes incumplimientos de las medidas de protección por parte de Carlos, Carmen cambió las cerraduras para proteger su integridad y la de su hija. Aseveró que, días después, Carlos –sin tener en cuenta las medidas de protección que la amparaban– la lesionó al intentar ingresar a la fuerza a su domicilio, por lo cual lo denunció penalmente por violencia intrafamiliar ante la Fiscalía General de la Nación y, además, solicitó una medida de protección ante la Comisaría 10 Distrital de Familia II Sector. Respecto del presunto punible por violencia intrafamiliar, concilió con Carlos, pero en relación con la solicitud de la medida de protección, la Comisaría 10 Distrital de Familia II Sector de Bogotá resolvió ordenar a Carlos: (i) abstenerse de realizar cualquier acto de violencia, escándalo o intimidación contra Carmen, en cualquier sitio y/o en presencia de su hija Liliana; (ii) respecto del lugar de habitación de las nombradas, abstenerse de ingresar por la fuerza, sacarlas o sacar objetos del inmueble sin autorización legal emitida por autoridad competente; y (iii) obligarlo a realizar un tratamiento psicoterapéutico.

Cuando Carlos advirtió el cambio de la cerradura, promovió una querrela policial ante la Inspección 10 C Distrital de Policía de la Alcaldía de Engativá, a fin de que se le permitiera el ingreso al inmueble, alegando la tenencia de una habitación del mismo. Dicha Inspección resolvió que Carmen era una perturbadora de la tenencia con base en que se había logrado verificar que se habían cambiado las cerraduras del inmueble y que Carlos tenía la tenencia sobre una de las habitaciones del mismo, ya que al realizar la inspección judicial en el domicilio se había comprobado que este había abierto la puerta. Asimismo, ordenó a Carmen permitir el ingreso de Carlos y entregarle las llaves de ingreso. Finalmente, se hizo saber a Carmen que el incumplimiento de lo dispuesto daría lugar al inicio de un proceso contravencional por desacato a la orden policial.

Carmen impugnó dicha decisión al considerar que no debía hacer entrega de las llaves de su domicilio porque aún no había culminado el proceso de pertenencia que determinaría el verdadero propietario del inmueble. No obstante, aquella decisión fue confirmada por el Consejo de Justicia de Bogotá, Sala de Decisión de Contravenciones Civiles. En esta segunda instancia, se aclaró que el propósito de la medida policial es el ingreso de Carlos a la habitación cuya tenencia posee y no al resto del inmueble.

Por no haber entregado las llaves ni permitir el ingreso a Carlos, la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá inició un proceso contravencional por desacato de una orden administrativa contra Carmen. Esta sostuvo que ninguna de las medidas de protección que la amparan de las agresiones de Carlos habían sido valoradas por la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá ni por el Consejo de Justicia de Bogotá, y consideró que dichos organismos habían dado mayor importancia al amparo de un derecho patrimonial que a la protección de su integridad física y psicológica. Siendo así, solicitó la suspensión de dicho proceso

contravencional y que se le permita seguir habitando su vivienda junto con su hija hasta que se resuelva el proceso de pertenencia, invocando para ello la protección de su derecho fundamental a una vida digna.

El Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá negó el amparo del derecho fundamental a una vida digna de Carmen, señalando que no cumplía con el principio de subsidiariedad.

Carmen recurrió dicha resolución. Sostuvo que si cumpliera la decisión que le ordena entregar las llaves de su domicilio a Carlos, pondría en peligro su vida y la de su hija debido a las constantes agresiones físicas a que eran sometidas por Carlos, sobre lo cual existen diversos elementos probatorios.

El Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá confirmó la decisión recurrida.

El proceso fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas, en aplicación de criterios de selección objetivo (necesidad de pronunciarse sobre una línea jurisprudencial) y subjetivo (necesidad de materializar un enfoque diferencial).

2. Sentencia: se revoca el fallo recurrido y, en su lugar, se tutelan los derechos fundamentales al debido proceso de Carmen.

Asimismo, se ordena a la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá que dicte un nuevo pronunciamiento en el que se tengan en cuenta todas las consideraciones de esta providencia referentes al principio de no discriminación por razón del sexo y la especial protección de la mujer víctima de cualquier tipo de violencia.

2.1. Mediante una acción de tutela, Carmen pretende que se suspenda el proceso contravencional de desacato a la orden administrativa dispuesta en su contra por incumplir la providencia que dispuso entregar las llaves y permitir el ingreso de Carlos a la vivienda, dictada el 13 de junio de 2015 por la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá. La accionante estima que ni dicha Inspección ni el Consejo de Justicia de Bogotá interviniente en segunda instancia valoraron ninguna de las medidas de protección que la amparan de las agresiones de Carlos, dando mayor importancia al amparo de un derecho de orden patrimonial que a la protección de su integridad física y psicológica, razón por la cual se encuentra atemorizada por lo que pueda llegar a suceder si su ex pareja tiene acceso a su domicilio.

Esta Sala de Revisión de la Corte considera que debido a la informalidad de la tutela, el juez está llamado a ofrecer el derecho y la solución jurídica aplicable al supuesto fáctico que se expone, y que la acción de tutela debe interpretarse de conformidad con el principio *iura novit curia*. Ahora bien, de la situación fáctica reseñada, se observa que la accionante no pretende la suspensión del incidente de desacato, toda vez que su alegato hace referencia a que sus derechos a la vida e integridad se encuentran en riesgo por las decisiones adoptadas por las accionadas, quienes no valoraron el material probatorio que daba cuenta de un contexto de violencia de género. Es por lo anterior que se evidencia que la actora realmente lo que pretende es controvertir el proceso policial N° 6158-10 iniciado ante la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá y, por lo tanto, que se le permita habitar con tranquilidad en su vivienda junto con su hija.

2.2. Esta Sala considera que no debe estudiarse el incidente de desacato, sino las providencias judiciales que dieron origen al mismo. Por ello, se analizará si las decisiones proferidas por las entidades accionadas presentan un defecto fáctico que vulnere el debido proceso de la accionante.

La accionante alegó que la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá la declaró “perturbadora de la tenencia” en el marco de la querella policial N° 6158-10. Por ello, sin haber valorado que la actora tenía a su favor una medida de protección, le ordenó permitirle el ingreso a su agresor y hacerle entrega de las llaves de su domicilio.

2.3. Para esta Sala, se entienden satisfechos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela: (i) evidente relevancia constitucional de la cuestión debatida (la protección de una mujer víctima de violencia, frente a quien el Estado tiene la obligación de garantizar la erradicación de todo tipo de discriminación y maltrato en sus diferentes dependencias, incluida la Rama Judicial, que debe garantizar actuaciones realizadas con perspectiva de género); (ii) agotamiento de los medios de defensa (la actora acudió a la justicia, recurrió la decisión y sobre la resolución de segunda instancia carece de recurso, por lo que se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad); (iii) cumplimiento del requisito de inmediatez (las decisiones de ambas instancias aún surten efectos negativos sobre los derechos fundamentales de la accionante); (iv) identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración y de los derechos vulnerados, y que ello sea alegado (la accionante identificó con claridad los hechos –la no valoración de las pruebas obrantes en el marco de la querella policial N° 6158-10– y los derechos fundamentales vulnerados –debido proceso–); (v) que no se trate de una sentencia de tutela (en el caso *sub examine* se impugna una resolución proferida por la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá).

Como requisito adicional de procedencia de la acción de tutela, si la solicitud de amparo se fundamenta en una irregularidad procesal, se debe demostrar que la misma tiene un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la accionante. No obstante, este requisito no es aplicable al asunto bajo estudio, ya que las irregularidades que se alegan son de carácter fáctico.

2.4. El caso objeto de estudio hace referencia al presunto defecto fáctico en que incurre la decisión dictada por la Inspección 10 C Distrital de Policía de la Alcaldía de Engativá, confirmada por la Sala de Decisión de Contravenciones Civiles del Consejo de Justicia de Bogotá, en la cual se le ordenó a la accionante permitir la entrada a su domicilio y hacerle entrega de las llaves del mismo a Carlos, sin la previa valoración de las pruebas que obraban en el expediente.

Es importante resaltar que debido al carácter restringido y excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, no es competencia del juez constitucional entrar a debatir los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, pues su función se restringe a establecer los errores en que se incurrió en la decisión y si con ocasión de estos se vulneraron derechos fundamentales.

De acuerdo con las constancias obrantes en el proceso policial N° 6158-10, resulta evidente que la Inspección 10 C Distrital de Policía de la Localidad de

Engativá y la Sala de Decisión de Contravenciones Civiles del Consejo de Justicia de Bogotá omitieron valorar prueba fehaciente de las agresiones sufridas por la accionante y del contexto de violencia intrafamiliar existente. Siendo así, dichas dependencias incurrieron en defecto fáctico, pues si bien la Inspección de Policía fundamentó su decisión en que la actora no probó que la Comisaría 10 de Familia le ordenó cambiar las llaves de su domicilio, ese argumento era insuficiente para fallar a favor del querellante, atento a la existencia de material probatorio suficiente para determinar que se trataba de un caso de violencia intrafamiliar, que exigía garantizar el derecho fundamental de la mujer a tener una vida libre de violencia.

Para esta Sala, es evidente que dichas entidades cercenaron pruebas fehacientes que indicaban que las agresiones del querellante contra la accionante eran el motivo por el cual esta no le permitía el ingreso a su domicilio. Consecuentemente, si se hubiesen tomado en consideración las declaraciones llevadas a cabo en el marco del proceso policial N° 6158-10, la decisión habría sido diferente.

2.5. Es importante agregar que debido a las normas nacionales e internacionales, los operadores judiciales se encuentran compelidos a resolver los casos en los que se investiguen hechos de violencia contra la mujer con base en criterios diferenciadores de género, con el propósito de prevenir y erradicar toda forma de violencia contra la mujer.

Un claro ejemplo de ello es lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal que estableció como deber para los jueces investigar de manera “[e]xhaustiva, practicando las pruebas necesarias y valorándolas integralmente y analizando el contexto de los hechos para determinar si se trata de un patrón generalizado de conducta”.

Así las cosas, los juzgadores del caso debieron evaluar los testimonios aportados dentro del proceso con un enfoque de género, pues de lo contrario el mismo se constituiría en una revictimización de Carmen. Lo cierto es que la respuesta que la accionante esperaba por parte de las autoridades no fue satisfactoria, sino que, por el contrario, confirmó patrones de desigualdad, discriminación y violencia contra la mujer.

2.6. En consecuencia, se revoca el fallo proferido por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, que en su momento confirmó el dictado por el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá, en el cual se había declarado improcedente la presente acción de tutela, para, en su lugar, amparar el derecho fundamental al debido proceso de Carmen.

Asimismo, se dejan sin efecto las resoluciones proferidas por la Inspección 10 C Distrital de Policía de Engativá y la Sala de Decisión de Contravenciones Civiles del Consejo de Justicia de Bogotá, y se ordena a la Inspección 10 C Distrital de Engativá emitir una nueva decisión conforme a la parte motiva y resolutive de esta providencia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela formulada por Carmen contra la Inspección 10 C Distrital de Policía de la Alcaldía de Engativá de la ciudad de Bogotá, sentencia T-590/17 del 21-9-2017, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-590-17.htm>>.



ÍNDICES

investigaciones

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ALEMANIA:** 86, 113, 152, 169.
AUSTRIA: 29.
BÉLGICA: 90, 157.
CANADÁ: 112.
CHILE: 74, 119, 194.
COLOMBIA: 59, 66, 69, 203, 267, 274, 279.
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: 49, 69, 225, 246, 251.
CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 11, 29, 113, 198, 239.
EE.UU.: 234, 242.
EL SALVADOR: 251.
ESPAÑA: 14, 17, 40, 53, 84, 94, 100, 106, 132, 138, 146, 236.
FRANCIA: 38, 86.
GRECIA: 81.
GUATEMALA: 49.
INDIA: 39, 192, 224.
ITALIA: 130, 229, 262.
LITUANIA: 198.
LUXEMBURGO: 83.
MÉXICO: 31.
PAÍSES BAJOS: 88.
PANAMÁ: 225.
PERÚ: 25, 164, 214, 246.
REINO UNIDO: 23, 211.
REPÚBLICA CHECA: 115, 160.
REPÚBLICA DOMINICANA: 92.
RUMANIA: 79.
RUSIA: 11.
SUDÁFRICA: 36.
SUIZA: 239.
UNIÓN EUROPEA: 79, 81, 84, 86, 88.
URUGUAY: 171.

TEMÁTICO

- ABORTO:** 119.
 Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo: 119.
 Mujer,
 autonomía de la voluntad: 119.
 derecho a la integridad física y psíquica: 119.
 Nasciturus,
 comienzo de la existencia de la persona: 119.
 derecho a la vida: 119.
 Objeción de conciencia,
 personal médico requerido para interrumpir un embarazo: 119.
 personas jurídicas,
 objeción institucional: 119.
ACCESO A LA INFORMACIÓN: 164.
 Acceso a la información pública,
 alcance: 164.
 Servicios públicos,
 interés público: 164.
 presunción de publicidad: 164.
ACCESO A LA JUSTICIA: 40, 234.
 Derecho a la tutela judicial efectiva: 40.
 Principio *pro actione*: 40.
 Reclusos litigantes frecuentes,
 recursos interpuestos *in forma pauperis*,
 tasa de justicia,
 determinación caso por caso: 234.
 forma de pago: 234.
ACCIÓN POPULAR: 59, 66.
 Derechos de incidencia colectiva: 66.
 Procedencia: 59, 66.
ACCIONES DE CLASE: 59, 66.
 Acciones colectivas: 59, 66.
ADOPCIÓN: 11, 160.
 Adopción internacional: 11.
 Exclusión de parejas que han registrado una unión de hecho: 160.
AMPARO: 40, 59, 66, 92, 146, 203, 274, 279.
 Agente oficioso: 274.
 Amparo parlamentario: 146.
 Carencia actual de objeto por daño consumado: 203.
 Derecho a la salud: 203, 274.
 Derecho a la tutela judicial efectiva: 40.
 Eutanasia: 203.
 Muerte digna: 203.
 Procedencia: 59, 66, 92, 274, 279.
 Requisito de inmediatez: 59, 274, 279.
 Requisito de subsidiariedad: 59, 274, 279.
 Sujetos de especial protección constitucional,
 personas mayores: 274.
ASILO: 88.
 Refugiados,
 derecho a la reagrupación familiar: 88.
 menores no acompañados,
 concepto en el marco de la UE: 88.
AUTONOMISMO: 14, 17.
 Conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: 14, 17.
 División de competencias en materia de regulación del gasto público en el ámbito educativo: 14.

División de competencias en materia de seguridad nacional: 17.

CALUMNIAS E INJURIAS: 192, 194.

Daño moral,
reparación,
denegación de indemnización pecuniaria ante la inexistencia de daño emergente o lucro cesante: 194.

Derecho al honor: 192, 194.

Difamación: 192, 194.

CÁRCELES: 229, 236.

Derecho a la información: 229.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 229, 236.

Prohibición de envío y de recepción por correo de publicaciones impresas: 229.

Traslado de condenados a otros establecimientos penitenciarios,
presupuestos: 236.

CONSUMIDORES: 79.

Contratos de consumo,
contratos bancarios,
cláusulas abusivas,
alcance: 79.
contrato de crédito denominado en divisa extranjera,
riesgo de tipo de cambio que recae enteramente sobre el consumidor: 79.
derecho de información del cliente bancario: 79.

CONTRATOS: 79.

Buena fe: 79.
Cláusulas abusivas,
alcance: 79.
Contratos de consumo,
contratos bancarios,
contrato de crédito denominado en divisa extranjera,
riesgo de tipo de cambio: 79.
derecho de información del cliente bancario: 79.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: 40, 53, 171, 214.

Actos gubernamentales con rango de ley,
estado de emergencia,
declaración y prórroga: 40.

Límites al control judicial,
cuestiones políticas no justiciables,
margen de discrecionalidad: 53.
razones de oportunidad, mérito o conveniencia: 53.

Medios de comunicación,
ley de servicios de comunicación audiovisual: 171.

Sistema difuso,
criterios jurisprudenciales de procedencia: 214.

CONTROL DE LEGALIDAD: 40, 239.

Actos gubernamentales con rango de ley,
estado de emergencia,
declaración y prórroga,
no revisabilidad en el fuero contencioso-administrativo: 40.

Medidas de seguridad fundadas en la peligrosidad del delincuente,
internación psiquiátrica no voluntaria judicial

de un condenado,
control de legalidad de la medida: 239.

DAÑO MORAL: 194.

Reparación,
denegación de indemnización pecuniaria ante la inexistencia de daño emergente o lucro cesante en casos de calumnias e injurias en un proceso civil,
inconstitucionalidad: 194.

DAÑOS Y PERJUICIOS: 23, 94.

Daños derivados de la actuación huelguística ilícita de un piquete violento,
responsabilidad del dirigente sindical: 94.

Factores de imputación: 94.

Responsabilidad indirecta,
responsabilidad del principal por el hecho del dependiente: 23.
teoría de la representación: 23.

DEBIDO PROCESO: 49, 239, 242, 246, 251, 279.

Debido proceso administrativo: 49.
Defecto fáctico,
no valoración de la prueba: 279.

Derecho a las garantías y protección judiciales: 49, 246, 251.

Derecho a un recurso efectivo: 246.

Derecho de defensa: 49, 239, 242, 246, 251, 279.

Garantías procesales: 239, 242, 246, 251, 279.

Perspectiva de género: 279.

Presunción de inocencia: 246, 251.

Principio de contradicción: 239.

Principio de igualdad de armas: 239.

Responsabilidad internacional del Estado: 49, 246, 251.

Sentencia,
deber de motivación: 246.

Violencia de género: 279.

Violencia doméstica: 279.

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: 53.

Requisitos,
presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad: 53.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: 115, 169, 203, 262.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad,
derecho a la identidad de género: 169.
muerte digna: 203.

Eutanasia,
derecho a una vida en condiciones dignas: 203.

Intersexuales: 169.

Salud,
derecho a la autodeterminación del paciente: 115, 203.

Salud pública,
autodeterminación personal en materia de prevención sanitaria por vacunación: 262.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 25, 169.

Derecho a la identidad de género,
ausencia de previsión legal del género “inter”: 169.

Derecho a la identidad personal,
derecho a no ser privado del Documento Nacional de Identidad: 25.

DERECHO A LA IGUALDAD: 11, 29, 31, 36, 38, 39, 81, 88, 146, 157, 160, 169, 171, 194, 214, 242, 267, 279.

Daño moral,
denegación de indemnización pecuniaria ante la inexistencia de daño emergente o lucro cesante en casos de calumnias e injurias en un proceso civil: 194.

Derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad: 146.

Discriminación con base en la orientación sexual: 29, 31.

Discriminación en razón de género: 36, 81, 157, 169, 214, 279.

Discriminación en razón de la nacionalidad: 11, 38.

Discriminación indirecta: 81.

Discriminación por causa de embarazo en el ámbito educativo: 214.

Discriminación racial: 242.

Discriminación sexual: 36, 81, 157, 214, 279.

Extranjeros no residentes,
servicio de trasplante de órganos,
trato preferencial a los nacionales y extranjeros residentes frente a los no residentes: 267.

Fuerzas de seguridad,
concurso para el ingreso en una escuela de policía,
requisito de estatura física mínima: 81.

Heterosexuales,
exclusión de parejas heterosexuales para registrar una unión civil: 29.

Homosexuales,
matrimonio igualitario,
derechos derivados de la seguridad social,
denegación de inscripción del cónyuge como derechohabiente: 31.

Igualdad ante la ley: 38, 169.

Intersexuales: 169.

Intocables en el sistema de castas,
discriminación ligada a la intocabilidad,
ataques con ácido,
reparación: 39.

Juicio por jurados,
impugnación de un veredicto condenatorio fundado en prejuicios raciales de los miembros del jurado revelados en el curso de las deliberaciones: 242.

Medios de comunicación: 171.

Mujer: 36, 81, 214, 279.

Mujer embarazada,
derecho a la educación: 214.

Nombre,
imposición del apellido paterno: 157.

Principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales: 81.

Principio de no discriminación e igualdad de trato: 38, 160, 267.

Refugiados,
menores no acompañados,
derecho a la reagrupación familiar,
otorgamiento o denegación supeditados a la duración del trámite: 88.

Sistema de castas: 39.

Uniones de hecho,
exclusión de parejas que han registrado una unión de hecho de la posibilidad de adoptar: 160.

DERECHO A LA INFORMACIÓN: 79, 152, 171, 229.

Contratos bancarios,
derecho de información del cliente bancario: 79.

Interpelaciones parlamentarias,
información confidencial del Poder Ejecutivo relativa a sus servicios de inteligencia: 152.

Libertad de expresión: 171.

Libertad de prensa: 171.

Medios de comunicación,
injerencia estatal: 171.

interés público: 171.

Presos,
prohibición de envío y de recepción por correo de publicaciones impresas: 229.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: 69, 115, 251, 279.

Mujer,
derecho a una vida libre de violencia: 279.

violencia de género: 279.

violencia doméstica: 279.

Obligación del Estado de investigar los actos de tortura en el marco de la garantía de este derecho: 251.

Obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de este derecho: 69.

Responsabilidad internacional del Estado: 251.

Salud,
derecho a la autodeterminación del paciente: 115.

Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 251.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 11, 59, 100, 115, 160, 229, 236.

Alcance: 59.

Cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo: 100.

Contaminación sonora: 59.

Derecho a la autodeterminación del paciente: 115.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 11, 115, 160, 229, 236.

Alcance en términos de la CEDH: 236.

Presos,
prohibición de envío y de recepción por correo de publicaciones impresas: 229.

traslado de condenados a otros establecimientos penitenciarios alejados de su lugar de residencia: 236.

Uniones de hecho,
exclusión de parejas que han registrado una unión de hecho de la posibilidad de adoptar: 160.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: 239, 251.

Medidas de seguridad fundadas en la peligrosidad del delincuente,
internación psiquiátrica no voluntaria judicial de un condenado,
control de legalidad de la medida: 239.

Responsabilidad internacional del Estado: 251.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: 31.

Homosexuales: 31.

DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: 84, 88.

- Refugiados,
menores no acompañados,
concepto en el marco de la UE: 88.
- Requisitos en el marco de la UE,
recursos económicos suficientes,
valoración prospectiva: 84.
- DERECHO A LA TRANQUILIDAD:** 59.
- Contaminación sonora: 59.
- DERECHO A LA VIDA:** 66, 69, 119, 203, 211.
- Aborto,
comienzo de la existencia de la persona: 119.
condición del *nasciturus*: 119.
- Eutanasia,
derecho a la autodeterminación: 203.
derecho a una vida en condiciones dignas: 203.
derecho al libre desarrollo de la personalidad:
203.
- Muerte digna: 203, 211.
- Mujer,
derecho a una vida libre de violencia: 279.
- Obligaciones de los Estados en relación con el
medio ambiente en el marco de la protección y
garantía de este derecho: 69.
- Salud,
derecho al agua,
suministro de agua potable en condiciones
de disponibilidad, calidad y accesibilidad:
66.
- Suicidio asistido,
prohibición: 211.
- DERECHO ADMINISTRATIVO:** 40, 49, 53, 74,
164.
- Actos gubernamentales con rango de ley,
estado de emergencia,
declaración y prórroga,
no revisabilidad en el fuero contencioso-
administrativo: 40.
- Control de legalidad: 40.
- Cuestiones políticas no justiciables,
margen de discrecionalidad: 53.
razones de oportunidad, mérito o conveniencia:
53.
- Debido proceso administrativo: 49.
- Decretos de necesidad y urgencia,
requisitos: 53.
- Empleo público,
sanciones disciplinarias,
deber de motivación: 49.
despido,
causales: 49.
principio de legalidad,
sanción de conductas no tipificadas: 49.
- Sanciones administrativas,
principio de reserva legal: 74.
principio de tipicidad: 74.
proporcionalidad: 74.
- Servicios públicos,
acceso a la información pública,
interés público: 164.
principio de publicidad,
alcance: 164.
- estabilidad financiera del sistema eléctrico,
seguridad de suministro: 53.
sostenibilidad económica: 53.
- interés público: 164.
principio de publicidad: 164.
- Sociedades anónimas con participación estatal
mayoritaria: 164.
- DERECHO AL HONOR:** 106, 192, 194.
- Alcance: 106.
- Calumnias e injurias,
daño moral,
denegación de indemnización pecuniaria
ante la inexistencia de daño emergente o
lucro cesante: 194.
difamación: 192, 194.
- Derecho al honor *vs.* libertad de expresión y
libertad sindical: 106, 192, 194.
- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA
PERSONALIDAD:** 169, 203, 214.
- Derecho a la identidad de género: 169.
- Eutanasia,
derecho a la autodeterminación: 203.
derecho a una vida en condiciones dignas: 203.
- Intersexuales: 169.
- Mujer,
derecho a la educación,
exclusión de mujeres embarazadas en el
ámbito de las Fuerzas Armadas: 214.
- DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y
FAMILIAR:** 11, 115, 160, 211, 229, 236.
- Adopción internacional: 11.
- Alcance en términos de la CEDH: 236.
- Derecho a la autodeterminación del paciente: 115.
- Muerte digna: 211.
- Presos,
prohibición de envío y de recepción por correo
de publicaciones impresas: 229.
traslado de condenados a otros establecimientos
penitenciarios alejados de su lugar de
residencia: 236.
- Uniones de hecho,
exclusión de parejas que han registrado una
unión de hecho de la posibilidad de adoptar:
160.
- DERECHO AMBIENTAL:** 59, 66, 69, 74, 224.
- Contaminación sonora,
clubs nocturnos: 59.
- Derecho a un medio ambiente equilibrado y
adecuado: 66.
- Derecho a un medio ambiente sano,
contenido: 69.
- Derecho al agua,
conflictos hídricos entre regiones: 224.
suministro de agua potable en condiciones de
disponibilidad, calidad y accesibilidad: 66.
- Jurisdicción y competencia en la materia,
alcance en términos de la CADH: 69.
- Medio ambiente y derechos humanos,
relación de interdependencia: 69.
- Obligaciones de los Estados en relación con el
medio ambiente en el marco de la protección y
garantía de los derechos a la vida y a la integridad
personal: 69.
- Opiniones consultivas de la CIDH: 69.
- Principio de precaución: 69.
- Sanciones administrativas medioambientales,
principio de reserva legal: 74.
principio de tipicidad: 74.
proporcionalidad: 74.
- DERECHO DE DEFENSA:** 49, 239, 242, 246, 251,
279.

- Debido proceso: 49, 239, 242, 246, 251, 279.
- Derecho a las garantías y protección judiciales: 49, 246, 251.
- Derecho a un juicio justo: 242.
- Derecho a un recurso efectivo: 49, 246.
- Derecho a una asistencia jurídica eficaz, diligencia debida en el ejercicio de la defensa pública: 251.
- Garantías procesales: 239, 242, 246, 251, 279.
- Plazo razonable: 239.
- Presunción de inocencia: 246, 251.
- Principio de contradicción: 239.
- Principio de igualdad de armas: 239.
- Responsabilidad internacional del Estado: 49, 246, 251.
- Violencia de género: 279.
- Violencia doméstica: 279.
- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA:** 79, 81, 83, 84, 86, 88, 90.
- Asilo: 88.
- Consumidores,
- contratos bancarios
 - cláusulas abusivas,
 - alcance: 79.
- Derecho a la igualdad,
- discriminación en razón de género: 81.
 - discriminación indirecta: 81.
 - discriminación sexual: 81.
- Derecho a la reagrupación familiar,
- menores refugiados no acompañados: 88.
 - requisitos: 84.
- Inmigrantes,
- derecho a la reagrupación familiar,
 - requisitos: 84.
 - residencia: 84.
- Libertad de expresión,
- denunciantes de irregularidades que actúan en aras del interés público,
 - estatuto de protección: 83.
- Marcas y patentes: 86.
- Menores refugiados no acompañados,
- concepto: 88.
 - derecho a la reagrupación familiar: 88.
- Pacto Fiscal Europeo,
- leyes de presupuesto nacionales en el marco del tratado,
 - políticas de austeridad,
 - constitucionalidad: 90.
- Principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales: 81.
- Refugiados,
- derecho a la reagrupación familiar: 88.
- DERECHO DE PROPIEDAD:** 92, 171.
- Incautación de bienes inmuebles en el marco de una investigación penal sin haber proceso penal abierto: 92.
- Medios de comunicación,
- derechos adquiridos sobre la transmisión de eventos: 171.
- DERECHO DEL TRABAJO:** 94, 100, 106.
- Derecho de huelga,
- límites,
 - daños derivados de la actuación huelguística
 - ilícita de un piquete violento: 94.
- Facultades de vigilancia y control del empleador *vs.*
- derecho a la intimidad del trabajador,
 - cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo: 100.
- Libertad sindical,
- despido de delegados sindicales: 106.
- Protección de datos personales,
- consentimiento implícito a su utilización en una relación laboral: 100.
- Sanciones disciplinarias,
- despido: 100, 106.
- DERECHO FINANCIERO:** 14, 90.
- Gasto público en el ámbito educativo,
- conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: 14.
- Leyes de presupuesto nacionales en el marco del Pacto Fiscal Europeo,
- políticas de austeridad,
 - constitucionalidad: 90.
- DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:** 11, 112.
- Adopción internacional: 11.
- Sustracción internacional de menores: 112.
- PÚBLICO Y HUMANITARIO:** 90, 113.
- Principio de no devolución: 113.
- Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 113.
- Tratados,
- tratados de integración regional,
 - Unión Europea,
 - Pacto Fiscal Europeo: 90.
- DERECHO PENAL:** 115, 119, 130, 132, 138.
- Abandono de personas,
- deber de asistencia *vs.* derecho de la persona en peligro a rechazar dicha asistencia: 115.
- Aborto,
- despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo: 119.
- Error de prohibición,
- conocimiento de la antijuridicidad,
 - valoración desde la esfera del profano: 138.
- contenido: 138.
- Estado de necesidad,
- alcance: 138.
- Penas,
- conurrencia entre circunstancias agravantes y atenuantes,
 - reincidencia en el enfermo mental: 130.
- Principio de legalidad penal: 115.
- Terrorismo,
- apología: 132.
 - delito de enaltecimiento del terrorismo,
 - incidencia de la sanción penal sobre la libertad de expresión: 132.
 - incitación indirecta a la comisión del delito: 132.
- Tráfico de órganos,
- normativa reguladora del sistema nacional de trasplantes como bien jurídico protegido: 138.
- DERECHO TRIBUTARIO:** 83.
- Elusión fiscal: 83.
- LuxLeaks:* 83.
- DERECHOS POLÍTICOS:** 146.
- Derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad: 146.

- Derecho de representación política, alcance: 146.
 Pluralismo parlamentario: 146.
- DIGNIDAD HUMANA:** 31, 36, 39, 59, 66, 100, 115, 160, 192, 194, 203, 267, 279.
 Calumnias e injurias, difamación: 192, 194.
 prohibición de indemnización del daño moral: 194.
 Contaminación sonora: 59.
 Derecho a la autodeterminación: 115.
 Derecho a una vida digna: 203, 267.
 Derecho al agua, suministro de agua potable en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad: 66.
 Derecho al honor: 192.
 Eutanasia, derecho a una vida en condiciones dignas: 203.
 Extranjeros no residentes, servicio de trasplante de órganos, trato preferencial a los nacionales y extranjeros residentes frente a los no residentes: 267.
 Homosexuales: 31.
 Intocables en el sistema de castas: 39.
 Menores: 66.
 Muerte digna: 203.
 Mujer, matrimonios consuetudinarios polígamos: 36.
 violencia de género: 279.
 violencia doméstica: 279.
 Trabajadores, cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo: 100.
 Uniones de hecho, exclusión de parejas que han registrado una unión de hecho de la posibilidad de adoptar: 160.
- DIVISIÓN DE PODERES:** 152.
 Control del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, interpelaciones parlamentarias, información confidencial relativa a servicios de inteligencia: 152.
- EDUCACIÓN:** 14, 214.
 Derecho a la educación: 214.
 Establecimientos educativos, exclusión de mujeres embarazadas en el ámbito de las Fuerzas Armadas: 214.
 Gasto público en el ámbito educativo, conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: 14.
- EMPLEO PÚBLICO:** 49.
 Sanciones disciplinarias, deber de motivación: 49.
 despido, causales: 49.
 principio de legalidad, sanción de conductas no tipificadas: 49.
- EUTANASIA:** 203.
 Derecho a la autodeterminación: 203.
 Derecho a una vida en condiciones dignas: 203.
 Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 203.
 Prestadores de salud, imposición de barreras administrativas a los pacientes: 203.
- EXTRANJEROS:** 84, 113, 267.
 Derecho a la igualdad: 267.
 Derecho a la salud: 267.
 Extranjeros no residentes, servicio de trasplante de órganos, trato preferencial a los nacionales y extranjeros residentes frente a los no residentes: 267.
 Inmigrantes, derecho a la reagrupación familiar: 84.
 expulsión, principio de no devolución: 113.
- FAMILIA:** 29, 31, 36, 157, 160.
 Adopción, exclusión de parejas que han registrado una unión de hecho: 160.
 Filiación, nombre, imposición del apellido paterno: 157.
 Matrimonio, matrimonio igualitario, derechos derivados de la seguridad social: 31.
 matrimonios consuetudinarios polígamos, régimen matrimonial de bienes: 36.
 Unión civil, exclusión de parejas heterosexuales: 29.
- FINANZAS PÚBLICAS:** 14, 90.
 Gasto público en el ámbito educativo, conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: 14.
 Leyes de presupuesto nacionales en el marco del Pacto Fiscal Europeo, políticas de austeridad, constitucionalidad: 90.
- FUERZAS DE SEGURIDAD:** 81.
 Derecho a la igualdad, concurso para el ingreso en una escuela de policía, requisito de estatura física mínima: 81.
 discriminación en razón de género: 81.
 discriminación indirecta: 81.
 discriminación sexual: 81.
 Principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales: 81.
- FUNCIONARIOS PÚBLICOS:** 251.
 Responsabilidad, diligencia debida en el ejercicio de la defensa pública: 251.
- HÁBEAS CORPUS:** 25.
 Procedencia: 25.
- HÁBEAS DATA:** 164.
 Acceso a la información pública: 164.
- HOMOSEXUALES:** 31.
 Derecho a la salud: 31.
 Matrimonio igualitario, derechos derivados de la seguridad social, denegación de inscripción del cónyuge como derechohabiente: 31.
- INMIGRANTES:** 84, 113, 267.
 Derecho a la igualdad: 267.

- Derecho a la reagrupación familiar, requisitos de la UE, recursos económicos suficientes, valoración prospectiva: 84.
- Derecho a la salud: 267.
- Expulsión, principio de no devolución: 113.
- Residencia: 84.
- Seguridad social, extranjeros no residentes, servicio de trasplante de órganos, trato preferencial a los nacionales y extranjeros residentes frente a los no residentes: 267.
- INMUNIDADES E INDEMNIDADES:** 242.
- Juicio por jurados, impugnación de un veredicto condenatorio fundado en prejuicios raciales de los miembros del jurado revelados en el curso de las deliberaciones: 242.
- regla anti-impugnación: 242.
- regla del secreto del jurado: 242.
- INTERSEXUALES:** 169.
- Ausencia de previsión legal del género "inter", efectos registrales: 169.
- Derecho a la autodeterminación: 169.
- Derecho a la identidad de género: 169.
- Derecho a la igualdad: 169.
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 169.
- JUICIO POR JURADOS:** 242.
- Inmunidades e indemnidades, impugnación de un veredicto condenatorio fundado en prejuicios raciales de los miembros del jurado revelados en el curso de las deliberaciones: 242.
- regla anti-impugnación: 242.
- regla del secreto del jurado: 242.
- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** 69.
- Alcance en términos de la CADH en materia de medio ambiente: 69.
- LEY:** 53.
- Principio de irretroactividad: 53.
- Retroactividad impropia: 53.
- LIBERTAD DE ASOCIACIÓN:** 106.
- Sindicatos: 106.
- LIBERTAD DE EMPRESA:** 171.
- Medios de comunicación, injerencia estatal: 171.
- interés público: 171.
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 83, 106, 132, 171, 192, 194, 198.
- Alcance: 171, 192.
- Estándar de las dos dimensiones, dimensión individual: 171.
- dimensión social: 171.
- Estándar democrático: 171.
- Calumnias e injurias, daño moral, reparación: 194.
- Derecho a la información: 171.
- Difamación: 192, 194.
- Expresiones de odio: 132.
- Incitación a la violencia, delito de enaltecimiento del terrorismo: 132.
- Información confidencial sobre empresas y organismos públicos, denunciantes de irregularidades que actúan en aras del interés público, estatuto de protección: 83.
- Interés público: 106.
- Libertad de expresión en el marco de la actividad sindical: 106.
- Libertad de expresión *vs.* derecho al honor: 106, 192, 194.
- Libertad de prensa: 171, 194.
- Medios de comunicación, injerencia estatal: 171.
- interés público: 171.
- Restricciones: 132, 192.
- Expresiones de odio: 132.
- Incitación a la violencia: 132.
- Rol esencial en una sociedad democrática: 106.
- Utilización de símbolos religiosos en publicidad: 198.
- LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN:** 119, 132.
- Libertad ideológica, delito de enaltecimiento del terrorismo: 132.
- Objeción de conciencia, aborto, personal médico requerido para interrumpir un embarazo: 119.
- personas jurídicas, objeción institucional: 119.
- LIBERTAD DE PRENSA:** 171, 194.
- Calumnias e injurias, daño moral, reparación: 194.
- Libertad de expresión: 171, 194.
- Medios de comunicación, injerencia estatal: 171.
- interés público: 171.
- LIBERTAD SINDICAL:** 106.
- Contenido: 106.
- Libertad de expresión: 106.
- MARCAS Y PATENTES:** 86.
- Bioteología: 86.
- Licencias de uso: 86.
- MATRIMONIO:** 31, 36.
- Matrimonio igualitario, derechos derivados de la seguridad social, denegación de inscripción del cónyuge como derechohabiente: 31.
- Matrimonios consuetudinarios polígamos, régimen matrimonial de bienes: 36.
- MEDIOS DE COMUNICACIÓN:** 171.
- Derecho a la igualdad: 171.
- Derecho de propiedad, derechos adquiridos sobre la transmisión de eventos: 171.
- Injerencia estatal: 171.
- Interés público: 171.
- Libertad de empresa: 171.
- Libertad de expresión: 171.
- Libertad de prensa: 171.
- MENORES:** 66, 88, 112, 160.
- Adopción, exclusión de parejas que han registrado una unión de hecho: 160.

- Derecho a la salud: 66.
 Derecho al agua,
 suministro de agua potable en condiciones de
 disponibilidad, calidad y accesibilidad: 66.
 Interés superior: 112, 160.
 Refugiados,
 derecho a la reagrupación familiar: 88.
 menores no acompañados,
 concepto en el marco de la UE: 88.
 Residencia habitual,
 alcance: 112.
 Sustracción internacional de menores,
 restitución: 112.
- MUERTE DIGNA:** 203, 211.
 Derecho a la autodeterminación: 203.
 Derecho a la vida: 203, 211.
 Derecho a una vida en condiciones dignas: 203.
 Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 203.
 Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 211.
 Eutanasia: 203.
 Prestadores de salud,
 imposición de barreras administrativas a los
 pacientes: 203.
 Suicidio asistido,
 prohibición: 211.
- MUJER:** 36, 81, 119, 214, 279.
 Aborto: 119.
 Autonomía de la voluntad: 119.
 Derecho a la educación: 214.
 Derecho a la igualdad: 36, 81, 279.
 Derecho a la integridad personal,
 derecho a la integridad física y psíquica: 279.
 Derecho a una vida libre de violencia: 279.
 Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 150.
 Discriminación en razón de género: 36, 81, 214,
 279.
 Discriminación por causa de embarazo en el
 ámbito educativo: 214.
 Discriminación sexual: 36, 81, 214, 279.
 Fuerzas de seguridad,
 concurso para el ingreso en una escuela de
 policía,
 requisito de estatura física mínima: 81.
 Matrimonios consuetudinarios polígamos: 36.
 Principio de igualdad de oportunidades e igualdad
 de trato entre hombres y mujeres en lo que se
 refiere al acceso al empleo, a la formación y a la
 promoción profesionales: 81.
 Violencia de género,
 especial protección de la mujer víctima de
 cualquier tipo de violencia: 279.
 perspectiva de género: 279.
 Violencia doméstica: 279.
- NOMBRE:** 157.
 Imposición del apellido paterno: 157.
- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA:** 119.
 Aborto,
 personal médico requerido para interrumpir un
 embarazo: 119.
 personas jurídicas,
 objección institucional: 119.
- OPINIONES CONSULTIVAS:** 69, 225.
 Corte Interamericana de Derechos Humanos: 69,
 225.
- ORDEN PÚBLICO:** 198, 224.
 Deber de obediencia civil: 224.
 Moral pública: 198.
 Utilización de símbolos religiosos en publicidad:
 198.
- PENAS:** 130.
 Concurrencia entre circunstancias agravantes y
 atenuantes,
 reincidencia en el enfermo mental: 130.
- PERSONAS CON DISCAPACIDAD O CON
 CAPACIDAD RESTRINGIDA:** 130.
 Enfermos mentales,
 reincidencia: 130.
- PERSONAS JURÍDICAS:** 225.
 Titularidad de derechos en el sistema
 interamericano,
 opinión consultiva de la CIDH: 225.
- PERSONAS MAYORES:** 274.
 Derecho a la integridad personal,
 derecho a la integridad física y psicológica: 274.
 Derecho a la salud: 274.
 Sujetos de especial protección constitucional: 274.
- PODER LEGISLATIVO:** 152.
 Control del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo,
 interpelaciones parlamentarias,
 información confidencial relativa a servicios
 de inteligencia: 152.
- PRESOS:** 229, 234, 236.
 Acceso a la justicia,
 recursos interpuestos *in forma pauperis*,
 tasa de justicia,
 determinación caso por caso: 234.
 forma de pago: 234.
 Cárceles,
 prohibición de envío y de recepción por correo
 de publicaciones impresas: 229.
 Derecho a la información: 229.
 Derecho al respeto a la vida privada y familiar:
 229, 236.
 Reclusos litigantes frecuentes: 234.
 Traslado de condenados a otros establecimientos
 penitenciarios,
 presupuestos: 236.
- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:** 239.
 Principio de igualdad de armas: 239.
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** 49, 74, 115, 171,
 224.
 Deber de obediencia civil: 224.
 Principio de legalidad penal: 115.
 Principio de reserva legal: 171.
 Sanciones administrativas medioambientales,
 principio de reserva legal: 74.
 principio de tipicidad: 74.
 Sanciones disciplinarias,
 sanción de conductas no tipificadas: 49.
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** 74, 84,
 100, 119, 132, 164, 171, 214, 229, 262.
- PROCESO PENAL:** 239, 242, 246, 251.
 Debido proceso: 239, 242, 246, 251.
 Derecho a una asistencia jurídica eficaz,
 diligencia debida en el ejercicio de la defensa
 pública: 251.
 Derecho de defensa: 239, 242, 246, 251.
 Garantías procesales: 239, 242, 246, 251.
 Juicio por jurados,

- inmunidades e indemnidades,
 - impugnación de un veredicto condenatorio fundado en prejuicios raciales de los miembros del jurado revelados en el curso de las deliberaciones: 242.
 - regla anti-impugnación: 242.
 - regla del secreto del jurado: 242.
- Medidas de seguridad fundadas en la peligrosidad del delincuente,
- internación psiquiátrica no voluntaria judicial de un condenado,
- control de legalidad de la medida: 239.
- Presunción de inocencia: 246, 251.
- Alcance: 246.
- Principio de contradicción: 239.
- Principio de igualdad de armas: 239.
- Prueba: 242, 246.
- Inversión de la carga de la prueba: 246.
- PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES:** 100.
- Cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo: 100.
- Consentimiento implícito a la utilización de datos personales en una relación laboral: 100.
- Imagen,
- la imagen como dato personal: 100.
- PUEBLOS ORIGINARIOS:** 225.
- Titularidad de derechos en el sistema interamericano,
- opinión consultiva de la CIDH: 225.
- REFUGIADOS:** 88.
- Asilo: 88.
- Derecho a la reagrupación familiar: 88.
- Menores no acompañados,
- concepto en el marco de la UE: 88.
- RESPONSABILIDAD CIVIL:** 23, 94.
- Daños derivados de la actuación huelguística ilícita de un piquete violento,
- responsabilidad del dirigente sindical: 94.
- Factores de imputación: 94.
- Responsabilidad indirecta,
- responsabilidad del principal por el hecho del dependiente: 23.
- teoría de la representación: 23.
- RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS:** 251.
- Diligencia debida en el ejercicio de la defensa pública: 251.
- RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO:** 49, 246, 251.
- Debido proceso: 49, 246, 251.
- Derecho a la integridad personal: 251.
- Derecho a la libertad personal: 251.
- Derecho a las garantías y protección judiciales: 49, 246.
- Derecho de defensa: 49, 246, 251.
- Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 251.
- SALUD:** 31, 59, 66, 115, 203, 262, 267, 274.
- Consentimiento libre e informado: 115.
- Contaminación sonora: 59.
- Derecho a la autodeterminación,
- autodeterminación personal en materia de prevención sanitaria por vacunación: 262.
- derecho a la autodeterminación del paciente: 115, 203.
- Derecho a la igualdad: 267.
- Derecho a la salud: 31, 66, 203, 267, 274.
- Derecho al diagnóstico como componente del derecho a la salud: 274.
- Derecho al agua,
- suministro de agua potable en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad: 66.
- Eutanasia,
- derecho a una vida en condiciones dignas: 203.
- prestadores de salud,
- imposición de barreras administrativas a los pacientes: 203.
- Homosexuales,
- matrimonio igualitario,
- derechos derivados de la seguridad social,
- denegación de inscripción del cónyuge como derechohabiente: 31.
- Muerte digna: 203.
- Obras sociales,
- negación de prestaciones médicas ordenadas por un médico tratante no adscripto a la red prestacional de la entidad de salud a la que se encuentra afiliado el paciente: 274.
- Personas mayores,
- derecho a la integridad física y psicológica: 274.
- derecho a la salud: 274.
- Salud pública,
- prevención sanitaria por vacunación,
- obligatoriedad: 262.
- principio de precaución: 262.
- Trasplante de órganos,
- trato preferencial a los nacionales y extranjeros residentes frente a los no residentes: 267.
- SEGURIDAD JURÍDICA:** 53, 88, 171.
- Concepto: 53.
- Medios de comunicación,
- derechos adquiridos: 171.
- Menores refugiados no acompañados,
- derecho a la reagrupación familiar,
- otorgamiento o denegación supeditados a la duración del trámite: 88.
- SEGURIDAD NACIONAL:** 17, 152.
- Autonomismo,
- conflicto de competencias en la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas: 17.
- Servicios de inteligencia,
- uso de fuentes encubiertas,
- informantes confidenciales,
- confidencialidad frente al Parlamento: 152.
- SEGURIDAD SOCIAL:** 31, 38, 203, 267, 274.
- Beneficios sociales,
- derecho a pensión de víctimas de atentados: 38.
- Eutanasia,
- prestadores de salud,
- imposición de barreras administrativas a los pacientes: 203.
- Extranjeros,
- extranjeros no residentes,
- servicio de trasplante de órganos,
- trato preferencial a los nacionales y extranjeros residentes frente a los no residentes: 267.

- Homosexuales,
 - matrimonio igualitario,
 - derechos derivados de la seguridad social,
 - denegación de inscripción del cónyuge como derechohabiente: 31.
- Obras sociales,
 - derecho a la salud,
 - derecho al diagnóstico: 274.
 - negación de prestaciones médicas ordenadas por un médico tratante no adscrito a la red prestacional de la entidad de salud a la que se encuentra afiliado el paciente: 274.
 - principio de solidaridad: 274.
- Personas mayores,
 - sujetos de especial protección constitucional: 274.
- Principio de no discriminación e igualdad de trato: 38, 267.
- Principio de universalidad: 203, 267.
- SENTENCIA:** 246.
 - Deber de motivación: 246.
- SERVICIOS PÚBLICOS:** 53, 164.
 - Acceso a la información pública,
 - interés público: 164.
 - principio de publicidad,
 - alcance: 164.
 - Estabilidad financiera del sistema eléctrico,
 - seguridad de suministro: 53.
 - sostenibilidad económica: 53.
- SUICIDATOS:** 94, 106, 225.
 - Daños derivados de la actuación huelguística ilícita de un piquete violento,
 - responsabilidad del dirigente sindical: 94.
- Libertad de asociación: 106.
- Libertad sindical,
 - contenido: 106.
 - despido de delegados sindicales: 106.
 - libertad de expresión: 106.
- Titularidad de derechos en el sistema interamericano,
 - opinión consultiva de la CIDH: 225.
- SOCIEDADES:** 164, 225.
 - Sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria,
 - servicios públicos,
 - acceso a la información pública: 164.
- Titularidad de derechos en el sistema interamericano,
 - opinión consultiva de la CIDH: 225.
- SUICIDIO ASISTIDO:** 211.
 - Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 211.
- Enfermos terminales,
 - muerte digna: 211.
- Prohibición: 211.
- SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES:** 112.
 - Restitución,
 - interés superior del menor: 112.
 - residencia habitual del menor,
 - alcance: 112.
- TERRORISMO:** 132.
 - Apología: 132.
 - Delito de enaltecimiento del terrorismo,
 - incidencia de la sanción penal sobre la libertad de expresión: 132.
- Incitación indirecta a la comisión del delito: 132.
- TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES:** 113, 251.
 - Derecho a la integridad personal,
 - obligación del Estado de investigar los actos de tortura en el marco de la garantía de este derecho: 251.
 - Principio de no devolución: 113.
 - Responsabilidad internacional del Estado: 251.
- TRÁFICO DE ÓRGANOS:** 138.
 - Normativa reguladora del sistema nacional de trasplantes como bien jurídico protegido: 138.
- TRATADOS:** 53, 90.
 - Pacto Fiscal Europeo,
 - leyes de presupuesto nacionales en el marco del tratado,
 - políticas de austeridad,
 - constitucionalidad: 90.
 - Principio de jerarquía normativa: 53.
- UNIÓN CIVIL:** 29.
 - Exclusión de parejas heterosexuales: 29.
- VIOLENCIA DE GÉNERO:** 279.
 - Debido proceso: 279.
 - Derecho de la mujer a una vida libre de violencia: 279.
 - Especial protección de la mujer víctima de cualquier tipo de violencia: 279.
 - Perspectiva de género: 279.
- VIOLENCIA DOMÉSTICA:** 279.
 - Debido proceso: 279.
 - Derecho de la mujer a una vida libre de violencia: 279.
 - Especial protección de la mujer víctima de cualquier tipo de violencia: 279.
 - Perspectiva de género: 279.

