

investigaciones



1 [2019]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

investigaciones

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dirección General de Bibliotecas

Bibl. María Beatriz Sampedro

Oficina de Referencia Extranjera

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

Colaboradores:

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

Dra. Andrea S. Bartos

Trad. Laureana Cayuso

Lic. Paula M. Frondizi

Lic. Sebastián Galdós

Corr. María Petracchi

Dra. Marisol Rodríguez

Diseño, fotografía de tapa y diagramación de interiores:

DG. Pablo Molina Almirón

Fotografía de contratapa:

Centro de Información Judicial

Esta publicación es editada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Edición *online*

Talcahuano 550, 7° piso, 7057

CPA C1013AAL, Buenos Aires, Argentina

Teléfono: 4370-4639

Fax: 4373-7501

Correo electrónico: referencia.extranjera@csjn.gov.ar

Sitio Web: www.csjn.gov.ar/dbre/investig.html

investigaciones 1[2019]



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 1[2019]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2019. Año XXIII-

Secciones	Páginas
JURISPRUDENCIA	9/231
ÍNDICES	233/245

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

JURISPRUDENCIA

investigaciones

Autonomismo. División de poderes. Conflicto de competencia. Racionalización del gasto público en el ámbito educativo. Situación de urgencia y necesidad. Control de constitucionalidad. (España).

Antecedentes del caso: la directora general del servicio jurídico del Gobierno de Canarias, en nombre y representación del Consejo de Gobierno de Canarias, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 3 y 4 del Real Decreto Ley 14/2012 de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. Por un lado, adujo la infracción del art. 86.1 CE, tanto por no existir una situación de extraordinaria y urgente necesidad que justifique la aprobación de esas medidas, como por no haber una conexión entre estas y esa situación excepcional. Por otro lado, argumentó la vulneración de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Canarias en los arts. 32.1 y 32.6 de su Estatuto de Autonomía (EACan), aprobado por Ley Orgánica 10/1982 en materia de enseñanza y de régimen estatutario de sus funcionarios.

La abogada del Estado solicitó la desestimación del recurso en su integridad por considerar que existía, en el momento de aprobarse el decreto ley, una situación de grave crisis económica y de necesidad acuciante de corrección de un abultado déficit público, y que cada una de las medidas estaba orientada a la consecución de un importante ahorro para las arcas públicas. Sostuvo también que todas las medidas fueron adoptadas en ejercicio de competencias de titularidad estatal (ex art. 149.1.1, 13, 18 y 30 CE), sin invasión de las que corresponden a la Comunidad Autónoma de Canarias.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España desestimó el recurso de inconstitucionalidad.

1. Para la resolución de este recurso, tuvo en cuenta lo afirmado en la STC 26/2016, que ratificó la competencia estatal para la regulación recogida en los preceptos impugnados (en igual sentido en STC 54/2016).

2. En cuanto a la posible vulneración del art. 86.1 CE por parte del Real Decreto Ley 14/2012, debía examinar, en primer lugar, la concurrencia de la situación de urgencia y necesidad que se pretendía afrontar con la aprobación de esa disposición y, en segundo, de resultar procedente, las medidas concretamente impugnadas y su conexión con la situación de urgencia y necesidad.

Respecto de la concurrencia del presupuesto habilitante, de acuerdo con la STC 26/2016, la motivación ofrecida en el preámbulo de la norma y desarrollada durante el debate parlamentario de convalidación permite afirmar que el Gobierno había justificado de manera suficiente, explícita y razonada la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Se trata, entonces, de la adopción de medidas de racionalización del gasto educativo dirigidas a posibilitar el cumplimiento de los objetivos de déficit comprometidos por España.

En cuanto a la conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el decreto ley se adoptan, fue conveniente examinarla en relación

con cada uno de los preceptos impugnados. El campo material sobre el que incide (la educación), y que comporta matices especiales para el empleo de esta fórmula legislativa de urgencia, es el carácter compartido de la competencia normativa de desarrollo del art. 27 CE, que hace que la regulación estatal precise de un desarrollo que debe estar a cargo de las comunidades. De manera que, aunque la efectividad de una medida no sea estrictamente inmediata, para valorar su urgencia es preciso atender a la justificación de la necesidad de la actuación expedita del Estado en el ejercicio de sus competencias. Por otro lado, el sistema educativo se desarrolla en cursos escolares que se programan y se suceden anualmente, aunque sin coincidir con el año natural. Así, cuando una medida de reforma educativa afecte a la organización y prestación del servicio docente, la situación extraordinaria y urgente puede consistir en la necesidad de llegar a tiempo al comienzo del siguiente curso para que la reforma pueda ser efectiva, sin provocar dificultades insalvables para los responsables de la prestación del servicio educativo.

Esas dos características permitieron descartar ciertos argumentos para negar la posibilidad de regular por real decreto ley, como, por ejemplo, el número de horas lectivas por profesor establecidas en el art. 3 o el régimen de sustituciones de profesores del art. 4, en la medida en que no son susceptibles de aplicación inmediata. Es cierto que ambas medidas tienen que ser desarrolladas por la comunidad, por lo que un impacto presupuestario solo se verificaría si su aplicación condujese a una eventual reducción del profesorado de los centros, que es algo que le corresponde a ella decidir. Sin embargo, precisamente por estas circunstancias, resulta más urgente la actuación estatal, que no tiene por objetivo su aplicación durante el curso escolar en el que se adoptó, sino en los siguientes, y mientras persista la situación de ajuste presupuestario extraordinario. Cuando se aprobó el Real Decreto Ley 14/2012, existía una situación económica de emergencia en el ajuste de las cuentas públicas al umbral máximo de déficit permitido, el Gobierno de la Nación había adoptado medidas en el sector educativo para afrontarla y habían sido recurridas por el Gobierno de Canarias. Esas medidas exigían (por la propia naturaleza de la materia) su adopción inmediata, sin confiarlas al ritmo de tramitación propio del legislador ordinario, con el fin de que pudiesen tener impacto en los siguientes presupuestos públicos educativos a aprobar y, por tanto, en el logro de la consolidación fiscal que se consideraba clave para salir de la crisis económica. La norma produjo el efecto inmediato de permitir a las comunidades tomar, a su vez, las decisiones que les correspondían sobre la impartición de enseñanza.

Por otra parte, la regulación prevista en el art. 3 de la norma cuestionada busca contener los gastos de personal docente. Conforme a la exposición de motivos del Real Decreto Ley 14/2012, el objetivo es la contención del gasto público y la consecución del equilibrio presupuestario. También el ministro de Educación, Cultura y Deporte vinculó el art. 3 con el logro de la solidez presupuestaria. Asimismo, el art. 4 del decreto ley —que prevé la no cobertura de las bajas y ausencias breves de profesores mediante la contratación de personal interino— constituye una medida de reducción de gasto para contribuir al objetivo conjunto de disminuir el déficit público. Por tanto, incluso desde esta perspectiva, fue posible apreciar una conexión de sentido entre la medida y la situación de urgencia.

3. En cuanto a la cuestión competencial que se alegó, relativa a la legislación compartida, este tema fue abordado específicamente en la STC 26/2016. Para determinar el concreto título competencial que pueda prestar cobertura a las previsiones recurridas, y valorar si esa cobertura es suficiente de acuerdo con su alcance y contenido, evaluó que, cuando fuera posible la identificación de más de un título competencial, habría 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.

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, deben 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 a efectos competenciales sobre la índole y finalidad económica de la norma adoptada. Además, desplaza la cobertura que pudiera derivar del art. 149.1.1 CE, también invocado por la disposición final primera del decreto ley, por su carácter genérico respecto de los títulos mencionados.

4. A partir de estas precisiones, se pudo realizar el examen de constitucionalidad de cada uno de los dos preceptos impugnados por el Gobierno canario en razón de su ajuste al orden constitucional de reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC).

El art. 3 del Real Decreto Ley 14/2012 establece umbrales que afectan a la regulación de la jornada lectiva del profesorado de las enseñanzas contempladas 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 periodo 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.

Según 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 el 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 toda posibilidad de desarrollo y aplicación de la normativa básica sobre la materia.

Por 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 del profesorado que tiene esta condición.

5. Por su parte, el art. 4 del Real Decreto Ley 14/2012 exige, también en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, una duración mínima de 10 días de las bajas de los profesores para poder recurrir al nombramiento de profesores interinos. 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 cambió en virtud de la disposición final 15.º de la Ley 48/2015 de presupuestos generales del Estado para el año 2016. En cualquier caso, esta modificación legal no eliminó el objeto de la controversia.

Así, el legislador estatal estableció una norma para regular el proceso de sustituciones docentes por parte de los centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos. Esa regulación repercute en la contratación de profesorado interino y, por 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 medios humanos disponibles. De este modo, se encuentra entre las medidas que puede establecer el legislador estatal como norma básica para determinar y hacer efectivo el nivel prestacional de la enseñanza financiado con fondos públicos. Si bien el Real Decreto Ley 14/2012 reduce las atribuciones que correspondían a la comunidad, no las vacía de contenido, ya que puede seguir regulando las sustituciones de profesores. En este sentido, cabe considerar el límite temporal de los 10 días 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 el otro.

En definitiva, el art. 4 del Real Decreto Ley 14/2012, que contiene una medida básica en materia de sustituciones del profesorado en enseñanzas no universitarias, es constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 370-2013, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias contra los arts. 3 y 4 del Real Decreto Ley 14/2012 de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, sentencia n.º 67/2016 del 14-4-2016, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24922>.



Derecho a la educación. Principio de progresividad. Principio de autonomía universitaria. Gratuidad de la educación superior. Amparo. (México).

Antecedentes del caso: el estado de Michoacán de Ocampo promulgó el Decreto 213/10, mediante el cual se reformaron y adicionaron los arts. 138 y 139 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo (CPMO). El art. 138 indica que toda persona tiene derecho a recibir educación y que el Estado y los municipios están obligados a impartirla gratuitamente en sus niveles preescolar, primario, secundario, medio superior y superior. El art. 139 señala que el Estado debe promover y atender la educación inicial, apoyar la investigación científica y tecnológica y alentar el fortalecimiento y difusión de la cultura y de los valores locales. Finalmente, el art. 3 transitorio establece que esas obligaciones deben ser cumplidas de manera gradual y progresiva: inicialmente la gratuidad implicaba el pago de inscripción en las instituciones de educación media superior y superior hasta el grado de licenciatura, mientras que otros servicios, como exámenes, cursos, certificados, credenciales, cartas de pasantía, titulación y constancias, se otorgarían de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria del Estado.

El 30 de noviembre de 2011, el Gobierno celebró con la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo un convenio de colaboración para la implementación de la gratuidad de la educación media superior y superior, mediante el cual el Estado se comprometía a transferir los recursos económicos para cubrir los gastos de inscripción de los alumnos inscritos en esos niveles durante los ciclos escolares de 2011-2012 y 2012-2012.

El Gobierno no renovó el convenio para los ciclos escolares 2012-2013 y 2013-2013. Pese a ello, la universidad mantuvo el esquema de subsidio al pago de las cuotas de inscripción durante esos períodos. A partir del ciclo escolar febrero 2014-agosto 2014, la universidad reinició el cobro de cuotas de inscripción, ya que, en la sesión del 29 de agosto de 2013, el consejo universitario había advertido las dificultades financieras por las que atravesaba y que el convenio no había sido

renovado. De todos modos, facultó a los estudiantes de escasos recursos a solicitar la eximición parcial o total del pago, previo cumplimiento de ciertos requisitos.

Entonces, una alumna promovió un recurso de amparo contra el gobernador del estado de Michoacán de Ocampo y la Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo, su tesorero y su consejo universitario. Respecto del gobernador, reclamó por la falta de previsión presupuestaria para el ejercicio fiscal 2014 para continuar con la transferencia de recursos económicos que venía realizando y lo consideró violatorio de los arts. 1.º y 138 CPMO; respecto de la universidad, reclamó por el dictado de la orden que le había dado al tesorero de esta para comunicar el cobro de las cuotas a partir del ciclo escolar febrero 2014-agosto 2014, y respecto del tesorero, reclamó que había dado a conocer esa comunicación. En cuanto al consejo universitario, fundó su reclamo en el acuerdo del 29 de agosto de 2013, que restableció el cobro de las cuotas de inscripción.

La accionante señaló como derechos humanos y garantías violadas los contenidos en los arts. 1.º y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPM), arts. 1.º y 138 CPMO y arts. 13.2, inc. C del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

El Juzgado 4.º de Distrito en el estado de Michoacán, con residencia en Morelia, concedió el amparo contra los actos reclamados y eximió a la apelante de la obligación de cubrir la cuota de inscripción en los ciclos escolares subsiguientes hasta el nivel de licenciatura, en aras de la protección del derecho humano a la educación.

El rector y presidente del consejo universitario y el tesorero de la universidad interpusieron un recurso de revisión y solicitaron a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que ejerciera su fuero de atracción para conocer del amparo en revisión.

Sentencia: la Suprema Corte de Justicia de México, en la materia de la revisión, confirmó la sentencia recurrida. Amparó a la alumna accionante contra todos los actos reclamados a cada una de las autoridades responsables.

1. La Primera Sala tuvo competencia para conocer en el presente recurso de revisión en términos de lo dispuesto en los arts. 107 (fracción VIII, inc. a) CPM; art. 83 de la Ley de Amparo; art. 21 (fracción II, inc. a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF); art. 86 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y puntos 4 y 14 del Acuerdo General Plenario 5/2013 relativo a la determinación de los asuntos que el pleno de la Corte conserva para su resolución y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales colegiados de circuito. En este recurso, subsistía un planteo de constitucionalidad que fue motivo de estudio en el juzgado de distrito que conoció del amparo indirecto respectivo y sobre el que la Corte determinó reasumir su competencia.

El recurso de revisión fue presentado por el rector y presidente del consejo universitario y por el tesorero de la universidad —quienes estaban legitimados para hacerlo— dentro del plazo legal (arts. 86 y 87 de la Ley de Amparo).

1.1. La accionante argumentó que: a) el art. 138 CPMO le concede el derecho a recibir educación superior gratuita del Estado; b) la universidad estaba obligada a impartir gratuitamente educación superior; c) el Gobierno del estado y la universidad venían cumpliendo con esa obligación, pero actualmente pretendían reinstalar el cobro de una cuota, lo que vulnera el derecho a la educación (arts. 3 CPM y 138 CPMO); d) que se violó el principio de progresividad, el cual prescribe aumentar el alcance y tutela de los derechos y prohíbe adoptar medidas regresivas.

1.2. El Juzgado 4.º de Distrito en el Estado de Michoacán concedió el amparo y protección de la Justicia Federal. Consideró que la universidad es parte de la estructura estatal por lo que sí le son aplicables los arts. 137 y 138 CPMO que establecen el derecho a la gratuidad de la educación superior impartida por el estado. No es óbice que sea una universidad autónoma, pues ello no la excluye de la estructura estatal ni la exime de cumplir con lo dispuesto en las normas jurídicas del país. La universidad debe respetar la gratuidad de la educación superior establecida en la CPMO, y, si bien alegó la falta de recursos, no demostró haber realizado todas las gestiones necesarias para obtenerlos, carga que le correspondía en virtud del principio de progresividad previsto en el art. 1.º constitucional, que prohíbe adoptar medidas regresivas, a menos que la autoridad demuestre exhaustivamente tal necesidad. Esta conclusión no se contraponen con el art. 3 CPM que establece la gratuidad de la educación hasta el nivel medio básico, porque el art. 138 CPMO es parte del régimen jurídico mexicano y dispone la protección más amplia del derecho a la educación. Por eso, debe ser aplicado. Entonces, concedió el amparo y liberó a la apelante de la obligación de pagar la cuota de inscripción en los ciclos escolares subsiguientes hasta el nivel de licenciatura.

1.3. Los agravios planteados por las autoridades recurrentes son: a) la universidad es autónoma, por lo que tiene, entre otras facultades, la de obtener los recursos necesarios para cumplir su objeto; b) no hay gratuidad de la educación en sentido estricto, porque se financia con los impuestos pagados por el pueblo; c) ningún derecho humano es absoluto, por lo que el titular del derecho a la educación debe hacer esfuerzos para satisfacerlo y el Estado sólo está obligado a garantizarlo en la medida de sus posibilidades reales; d) la universidad enfrenta una crisis económica y no puede proporcionar educación gratuita; e) el art. 138 CPMO, que establece la gratuidad de la educación superior que imparte el estado de Michoacán, no es aplicable a esta universidad porque se dirige solo a la administración pública directa o desconcentrada que depende directamente del Poder Ejecutivo, pero no al sector paraestatal autónomo; f) que la iniciativa de reforma que introdujo la gratuidad en la CPMO no estaba dirigida a incluir a las universidades autónomas, ya que de haber sido así, lo habría dispuesto expresamente y además habría reformado la ley orgánica de esta universidad, lo que no sucedió; g) el convenio de colaboración oportunamente suscripto permitió eximir a los alumnos del pago de inscripción durante un plazo limitado que ya expiró, y demuestra que la universidad no está incluida en el ámbito de aplicación del art. 138 CPMO. Por lo tanto, no hay regresión, sólo existe la expectativa de renovación de ese convenio, pero no del derecho a la gratuidad de la educación superior.

2. La Corte resolvió la revisión exclusivamente en el aspecto que corresponde a su competencia: el análisis de constitucionalidad de la norma general que fue aplicada a la accionante, a la luz de los agravios planteados por el consejo universitario —que fue quien emitió la norma general impugnada— y por el rector y el tesorero de la universidad —que fueron quienes la aplicaron—.

El gobernador no impugnó la concesión del amparo, por lo que no es materia de este recurso y quedó firme.

3. Los agravios expuestos por los recurrentes —dirigidos a combatir la decisión de considerar inconstitucional la norma general impugnada— son infundados y, por ello, queda firme el amparo concedido.

4. El art. 1.º CPM establece, entre otras cosas, que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y que todas las autoridades —en el ámbito de sus competencias— tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por otra parte, el derecho humano a la educación está reconocido tanto en la CPM (arts. 3 y 4) como en diversos instrumentos internacionales (art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, art. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Las normas citadas coinciden en que: la titularidad del derecho a la educación es de toda persona; el contenido de la educación básica debe estar orientado a posibilitar la autonomía de sus titulares y a habilitarlos como miembros de una sociedad democrática; la enseñanza básica debe ser asequible a todos sin discriminación, de manera obligatoria, universal y gratuita, y el Estado debe garantizarla; el derecho de los padres a elegir la educación que se imparta a sus hijos y los particulares a impartirla, siempre y cuando respeten el contenido mínimo de ese derecho.

Estas disposiciones diferencian la educación básica de la superior, distinción que es importante para analizar el contenido, características y alcance del derecho a la educación. Sin embargo, las normas sobre derechos humanos (art. 3 CPM) configuran un contenido mínimo del derecho que el Estado mexicano está obligado a garantizar con efecto inmediato, el cual puede y debe ser extendido gradualmente por imperativo derivado del principio de progresividad. Por ende, es constitucionalmente admisible que algunas de las características del derecho a la educación básica, como su gratuidad, puedan extenderse a la educación superior, como aconteció en el caso del Estado de Michoacán al modificar el art. 138 CPMO.

La CPM prevé un alcance mayor de lo que debe entenderse por educación básica, obligatoria, universal y gratuita que las normas internacionales, pues el contenido mínimo reconocido en estas se limita a la educación primaria, mientras que, en la CPM, la educación básica abarca la preescolar, primaria y secundaria. Pero, además, establece que la educación media superior es obligatoria y el Estado está

obligado a impartirla de manera gratuita, aunque no está considerada como básica. La educación superior no es obligatoria ni gratuita, pero la tutela constitucional del derecho a educación debe entenderse como un mínimo, pues, en virtud del principio de progresividad (art. 1.º CPM), todas las autoridades del país tienen la obligación de desarrollar gradualmente el contenido y alcance de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente y en los tratados internacionales de los que el país es parte. Por lo tanto, el contenido mínimo del derecho a la educación previsto en la CPM puede ser ampliado por otras autoridades del Estado a través de medidas legislativas, administrativas o, incluso, judiciales.

5. Es criterio de la Corte que los derechos fundamentales no son absolutos, es decir, admiten restricciones de distinto grado siempre que sean constitucionalmente legítimas, necesarias, adecuadas y proporcionales a la protección de otro derecho fundamental que, en el caso, tenga mayor peso que el afectado.

El principio de progresividad está previsto en el art. 1.º CPM y en diversos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. De ahí surge la obligación de procurar la implantación progresiva de la gratuidad en la educación superior. En términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan, para el legislador, la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos y, para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, prohíbe la regresividad: el legislador no puede emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que, en determinado momento, ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, con un sentido que desconozca la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente.

6. El Estado mexicano tiene la obligación inmediata de asegurar un nivel esencial en el goce del derecho a la educación. En concreto, debe garantizar el acceso gratuito, universal y obligatorio a la educación básica y media superior y otras obligaciones de cumplimiento progresivo, consistentes en lograr el ejercicio pleno del derecho hasta el máximo de los recursos disponibles, lo que implica, entre otras cosas, extender la gratuidad a la educación superior.

Así, el derecho a la educación no es “infinito”, como se menciona en el agravio, en el sentido de que puede haber circunstancias que justifiquen una regresión en cuanto a su alcance y tutela. Sin embargo, tales circunstancias están sujetas a un escrutinio estricto, pues implican la restricción de un derecho humano especialmente relevante para la autonomía personal, para el funcionamiento de la democracia deliberativa, para la igualdad real de las personas y para el bienestar y desarrollo de la sociedad. En este sentido, corresponde a la autoridad que pretende realizar una medida regresiva (legislativa, administrativa o judicial) justificar plenamente esa decisión.

Como el art. 1.º CPM impone a todas las autoridades del Estado mexicano la obligación de respetar el principio de progresividad, cuando alguna autoridad omite

otorgar el alcance más amplio al derecho a la educación, omite garantizar el nivel más alto de tutela o adopta una medida regresiva y alega la falta de recursos para justificar su actuación, en ella recae la carga de probar fehacientemente esa situación. Para lograrlo, debe demostrar la carencia de recursos, haber realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos a su disposición y que realizó el máximo con los recursos disponibles para tutelar otro derecho humano cuya importancia de satisfacción era mayor.

7. El art. 3 (fracción VII) CPM establece que las universidades tienen la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas, realizar sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de ese artículo, respetar la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas, determinar sus planes y programas, fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y administrar su patrimonio.

Respecto del sentido y alcance de la autonomía universitaria, la Corte sostuvo que las universidades públicas autónomas son organismos descentralizados del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es impartir educación pública en términos del art. 3 CPM. En este orden de ideas, las universidades públicas no son un fin en sí mismas, sino que constituyen una de las garantías institucionales del derecho humano a la educación superior y tienen un carácter instrumental que depende del cumplimiento de sus objetivos constitucionales, a saber, educar, investigar y difundir la cultura.

La autonomía universitaria constituye una garantía institucional del derecho a la educación superior cuyo objetivo es maximizar el respeto al principio de libre enseñanza, condición *sine qua non* para el desarrollo y difusión del conocimiento y, por ello, para la satisfacción del derecho a la educación superior. Tiene un carácter instrumental y no constituye un fin en sí misma, sino que es un medio para satisfacer el objetivo de brindar la educación superior. No debe confundirse la autonomía universitaria, en cuanto garantía y arreglo institucional que se predica de una persona jurídica de derecho público, con los derechos fundamentales de las personas físicas que son miembros de ella: el derecho a la educación superior, a la libre investigación y discusión de las ideas, a la libertad de cátedra, etc.

A partir de la comprensión de la autonomía universitaria como una garantía institucional del derecho a la educación superior, puede entenderse su contenido: la facultad de darse sus propias normas, de autogobernarse y de administrar su patrimonio. Sin embargo, esas facultades de ninguna manera dotan a las universidades de un régimen de excepcionalidad, extraterritorialidad o privilegio que las sustraiga de los principios y normas del sistema jurídico. Esas facultades no tienen un carácter absoluto, sino que deben ejercitarse dentro del marco establecido por la Constitución y las leyes del Estado y, sobre todo, de manera congruente con la finalidad constitucional que están llamadas a garantizar, es decir, la plena efectividad del derecho a la educación superior. En el caso de que alguna autoridad del Estado extienda el alcance del derecho humano a la educación superior para incluir la gratuidad, entonces, por regla general, la autonomía universitaria no puede invocarse como justificación para restringir ese aspecto del derecho fundamental,

pues la autonomía, en tanto garantía institucional, debe siempre usarse para maximizar, y nunca para limitar, el alcance y la protección del derecho humano que la dota de sentido. La única justificación para afectar el alcance o grado de protección a un derecho fundamental sin violar el principio de progresividad es la plena justificación y prueba fehaciente de que no hay recursos para cumplir con la gratuidad de la educación, que se han empleado todos los disponibles o que se han destinado a la protección de otro derecho fundamental de mayor importancia. Por lo tanto, si el derecho humano a la educación superior incluye la gratuidad, la facultad de administración no es razón suficiente para desconocerlo, sino que, en tal caso, la facultad para administrar el patrimonio se debe limitar a obtener recursos por cualquier medio lícito que no implique vulnerar la gratuidad de la educación.

8. Las universidades públicas autónomas son organismos descentralizados del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es impartir educación pública en términos del art. 3 CPM. La Corte ha considerado que la autonomía universitaria debe ser reconocida por medio de una ley formal y material, por lo que puede sostenerse que el reconocimiento de esta característica está sujeto al principio de reserva de ley. Los recurrentes no controvertieron este punto.

La ley orgánica vigente de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo establece que es una institución de servicio, descentralizada del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, dotada de autonomía para realizar su finalidad de impartir educación superior. Así, si bien la universidad goza de autonomía con las facultades inherentes a ella, cabe destacar que están orientadas funcionalmente a maximizar el alcance y la tutela del derecho a la educación superior. Por ello, se revisó si, en el estado de Michoacán, el alcance del derecho humano a la educación superior incluye la gratuidad y, por ende, si la universidad está obligada a respetarlo.

En el agravio se argumentó que, si bien el art. 138 CPMO establece que el estado está obligado a impartir educación superior de manera gratuita, ello se limita a las instituciones educativas dependientes del Poder Ejecutivo y no a las universidades autónomas, puesto que, si la intención hubiera sido incluirlas, el legislador lo habría establecido expresamente y, además, habría reformado la ley orgánica de la universidad.

El agravio se desestimó, ya que, conforme a la citada disposición, el estado de Michoacán tiene obligación de impartir de manera gratuita, entre otras, educación superior.

No asiste razón a los recurrentes. Primero, porque el sentido gramatical de la norma sí incluye a esta universidad como institución obligada a impartir gratuitamente educación superior. Como no está controvertido que sea parte del Estado, la educación superior que brinda se entiende dada por el estado de Michoacán, ya que la norma establece expresamente que toda la educación superior que imparta el Estado será gratuita. Contrariamente a lo afirmado en el agravio, la intención legislativa fue abarcar a todas las instituciones educativas del Estado, incluidas las dotadas de autonomía. Si el legislador hubiera querido excluirlas, habría hecho explícita esa excepción. Además, resulta claro que la reforma fue inspirada en un sentido progresista de ampliación de la gratuidad a la educación pública superior.

Esta conclusión es consistente con los términos en que fue concebido el convenio, pues su finalidad expresa era implementar la gratuidad de la educación prescrita por el art. 138 CPMO. Asimismo, la autonomía universitaria no excluye a la universidad de la obligación de respetar el contenido y alcance del derecho humano a la educación superior reconocido en el art. 3 CPM, en relación con el art. 138 CPMO. Si este artículo prevé que toda la educación que imparta el Estado de Michoacán sea gratuita, incluida la superior, y extiende el alcance y la tutela del derecho a la educación superior, es claro que la autonomía universitaria no puede invocarse como justificación para frustrar ese aspecto del derecho fundamental. Además, las normas de la ley orgánica de esta universidad, que establecen la posibilidad de que se procuren recursos y se cobre por los servicios que presta, deben interpretarse conforme a las exigencias de la Constitución local y federal sobre la gratuidad de la educación superior. Por eso, las cuotas de inscripción que reclama la accionante deben entenderse como excluidas de los ingresos que esa ley permite cobrar a la universidad.

Del mismo modo, el agravio es infundado porque el legislador estableció en el art. 4 transitorio del decreto de reforma constitucional una cláusula derogatoria genérica, por lo que, en todo caso, las normas de la ley orgánica que pudieran ser incompatibles con la gratuidad de la educación han quedado derogadas.

Si una autoridad estatal extiende el alcance del derecho humano a la educación y establece la gratuidad de la educación superior, asume la responsabilidad de garantizar con sus propios recursos la plena eficacia del derecho. Por eso, en este caso, corresponde al Gobierno de Michoacán cubrir las cuotas de inscripción de la accionante con cargo a los recursos estatales del presupuesto del Estado.

9. Los agravios de los recurrentes son infundados, ya que: a) el estado de Michoacán, en virtud del art. 138 CPMO, está obligado a impartir educación superior de manera gratuita, prescripción que incluye al recurrente, como universidad pública autónoma; b) la autonomía universitaria es una garantía institucional que tiene como finalidad proteger la libertad de enseñanza, condición necesaria para cumplir con la finalidad de la educación superior; c) la autonomía universitaria no puede invocarse para frustrar o restringir algún aspecto del derecho que está llamada a servir; d) en virtud del principio de progresividad, una vez que el estado de Michoacán ha extendido la gratuidad a la educación superior, tiene prohibido adoptar medidas regresivas; e) los actos reclamados constituyen medidas regresivas, pues son contrarias a la gratuidad de la educación reconocida en la CPMO y aplicada previamente en su favor; f) si bien una medida regresiva puede justificarse en condiciones excepcionales, la carga de la justificación y de la prueba de los hechos relevantes recae en las autoridades responsables.

Por lo tanto, los recurrentes violaron el derecho a la educación superior gratuita previsto en el art. 3 CPM y desarrollado en el art. 138 CPMO, así como el principio de progresividad previsto en el art. 1.º CPM. Entonces, en la materia de este recurso, la Corte confirmó la sentencia recurrida y concedió el amparo.

Los efectos de la concesión del amparo implican, primero, para el gobernador del Estado, transferir a la universidad los recursos necesarios para garantizar la

gratuidad de la educación que reciba la accionante, hasta el nivel licenciatura, lo que incluye, al menos, los recursos necesarios para cubrir las cuotas de inscripción; segundo, para la universidad y sus autoridades, abstenerse de vulnerar la gratuidad de la educación superior que reciba la apelante, es decir, como mínimo evitar cobrarle las cuotas de inscripción durante su educación superior.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, Primera Sala, amparo en revisión n.º 750/2015, interpuesto por el consejo universitario y el tesorero de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo contra la sentencia del 8 de septiembre de 2014 dictada por el Juzgado 4.º de Distrito en el Estado de Michoacán, en juicio de amparo indirecto, sentencia del 20-4-2016, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=182888>.



Derecho a la igualdad. Discriminación sexual. Discriminación contra la mujer. Derecho a la libertad de culto. Vinculación con la cuestión de género. Derecho a la libertad religiosa. Prohibición de ingreso al templo de mujeres en edad fértil. Derecho a la dignidad humana. (India).

Antecedentes del caso: el antiguo templo dedicado a Ayyappa en Sabarimala (centro de peregrinación religiosa compuesto por varios templos) está situado en el distrito de Pathananhitta, en el estado de Kerala, a 1260 m. sobre el nivel del mar. Los fieles creen que el poder de Ayyappa proviene de su vida ascética y, en particular, de su condición de célibe. Pese a que en la India existen numerosos templos dedicados a la deidad, el de Sabarimala está consagrado a Ayyappa en su carácter de *Naishtika Brahmacharya*, es decir, aquel cuyo poder deriva especialmente de la abstención sexual.

El Tribunal Superior de Kerala confirmó la prohibición de ingreso al templo, en cualquier momento del año, a las mujeres de entre 10 y 50 años, ya que, en razón de que en Sabarimala la deidad es célibe, desde tiempo inmemorial existe la creencia de que las mujeres no deben rendir culto en el templo para evitar que su presencia provoque distracciones al celibato y la austeridad encarnados por Ayyappa. Además, sostuvo que la prohibición impuesta no viola los arts. 5, 25 y 26 de la Constitución de la India ni las disposiciones de la ley estadual que regula la autorización para el ingreso a lugares hindúes de culto público en Kerala (Kerala Hindu Places of Public Worship Authorisation of Entry Act) de 1965.

Varias personas recurrieron a la Suprema Corte de la India para que autorizara el ingreso al templo de las mujeres de entre 10 y 50 años de edad —consideradas menstruantes— y declarara la inconstitucionalidad del art. 3.b del reglamento sobre la autorización para el ingreso a lugares hindúes de culto público en Kerala (Kerala

Hindu Places of Public Worship Authorisation of Entry Rules) de 1965 —que prohíbe el ingreso de dichas mujeres al templo— por violar los arts. 14, 15, 25 y 51.a.e. de la Constitución de la India.

En particular, solicitaron que se examinaran las siguientes cuestiones: 1) si la práctica de exclusión basada en un factor biológico propio del género femenino equivale a discriminación y si, por ello, es violatoria de los arts. 14, 15 y 17 de la Constitución y no se halla amparada por la moral en términos de lo dispuesto en los arts. 25 y 26 de la Constitución; 2) si dicha práctica es esencial para la religión, en términos del art. 25 de la Constitución, y si una institución religiosa puede formular una pretensión en ese sentido invocando el derecho a gestionar sus propios asuntos religiosos; 3) si el templo de Ayyappa tiene denominación religiosa y, por ello, tiene derecho a esas prácticas, en violación de los principios constitucionales implícitos en los arts. 14, 15.3, 39.a y 51.a.e de la Constitución; 4) si el art. 3.b de la Kerala Hindu Places of Public Worship Authorisation of Entry Rules permite que una denominación religiosa prohíba la entrada de mujeres de entre 10 y 50 años al templo, y, en caso afirmativo, si vulnera los arts. 14 y 15 de la Constitución por restringir la entrada a las mujeres en razón de su sexo, y 5) si el art. 3.b va más allá en su alcance de lo que dispone la Kerala Hindu Places of Public Worship Authorisation of Entry Act y, en caso afirmativo, si es violatorio de las disposiciones de la Parte III de la Constitución.

Sentencia: la Suprema Corte de la India declaró que el art. 3.b de las Kerala Hindu Places of Public Worship Authorisation of Entry Rules es inconstitucional.

A lo largo de la historia, las mujeres han sufrido un trato desigual que llevó a muchas a luchar por sus derechos. La desigualdad también existe en el ámbito de la espiritualidad.

La dicotomía que resulta de la glorificación y veneración de diosas, por un lado, y la imposición de prohibiciones rigurosas a las devotas, por el otro, debe ser abandonada porque vulnera la dignidad de la mujer y degrada su condición. La sociedad debe generar un cambio: de las exigencias patriarcales de pureza y castidad dirigidas solamente a la mujer, es necesario pasar a condiciones de igualdad, para que no sea considerada más frágil o inferior al hombre.

Todas las relaciones con el Creador son trascendentes y atraviesan barreras sociales creadas artificialmente. No pueden ser circunscriptas por dogmas o factores biológicos o fisiológicos emanados de rígidas actitudes socioculturales que no se ajustan a los criterios constitucionales. Cualquier principio basado en la discriminación o segregación de la mujer en razón de sus características biológicas no solo resulta infundado, indefendible e inverosímil, sino que tampoco puede superar control de constitucionalidad alguno. Las religiones no son más que diferentes caminos para alcanzar a Dios. Sin embargo, algunos dogmas, rituales y prácticas de exclusión resultan incongruentes con la verdadera esencia de la religión y están impregnados de prejuicios patriarcales.

Los recurrentes alegaron que la discriminación contra la mujer en relación con el ingreso al templo no constituía un ritual ni una ceremonia asociados a la religión

hindú; en cambio, resultaba completamente contraria a ella, y que una restricción de esa naturaleza no representaba la esencia del hinduismo.

Por otra parte, los apelantes observaron que el solo hecho de mirar a las mujeres no puede afectar el celibato. En efecto, solo algunos practican este ritual. El propósito de evitar que la deidad sea contaminada por las mujeres menstruantes contraviene los valores constitucionales de justicia, libertad, igualdad y fraternidad consagrados en el Preámbulo de la Constitución. Además, según los recurrentes, esta práctica de exclusión viola el art. 15.1 de la Constitución porque constituye una discriminación en razón del sexo, ya que el carácter fisiológico de la menstruación es exclusivo del género femenino. De este modo, la menstruación se convierte en un estigma que impacta fuertemente en la psicología de las mujeres. De tal modo, la práctica en examen resulta violatoria del art. 21 de la Constitución en tanto menoscaba la dignidad de las mujeres.

Los apelantes observaron, además, que la India es Estado parte en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y tiene la obligación de erradicar los tabúes relacionados con la menstruación, basados en costumbres y tradiciones.

Por su parte, los demandados alegaron que tanto las costumbres religiosas como la medicina tradicional india del Ayurveda consideran al período menstrual impuro y propicio para el descanso de las mujeres, ya que durante él padecen varias molestias, por lo que la observancia de una disciplina espiritual les resulta imposible. Según ellos, la circunstancia de que a las mujeres en edad fértil les esté vedada la peregrinación al templo resulta beneficiosa para los peregrinos que practican el celibato. Por ello, sostuvieron que la prohibición no redundaba en una discriminación social, sino que es parte de la disciplina espiritual esencial concebida para mantener la mente de los peregrinos alejada de la distracción ocasionada por la actividad sexual.

En vistas de todo lo dicho, la Corte declaró que: a) los devotos de Ayyappa no constituyen una denominación religiosa separada del hinduismo; b) al emplear la expresión “todas las personas”, el art. 25.1 de la Constitución demuestra que la libertad de conciencia y la libertad para profesar, practicar y propagar libremente la religión es válida para todos, incluso las mujeres, y no se relaciona en absoluto con el género o con factores fisiológicos propios de las mujeres; c) la práctica de exclusión del templo de Sabarimala vulnera el derecho de las mujeres hinduistas a practicar libremente su religión y a ser devotas de Ayyappa; d) el art. 3.b de las Kerala Hindu Places of Public Worship Authorisation of Entry Rules es claramente violatorio del derecho de las mujeres hinduistas a practicar su religión y, en consecuencia, vulnera su derecho fundamental a la religión, dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución.

Además, consideró que: e) el término “moral” contenido en dicho artículo no puede ser reducido a la definición de un individuo o de una secta religiosa. De acuerdo con la Constitución, el término “moral pública” debe ser adecuadamente entendido como sinónimo de moral constitucional; f) los conceptos de orden público, moral y salud no pueden ser utilizados para restringir la libertad religiosa, discriminar a las mujeres de entre 10 y 50 años, y privarlas de su derecho jurídico

a entrar y orar en el templo de Sabarimala; g) la práctica de exclusión en examen no puede ser considerada parte esencial de la religión; h) la inobservancia de dicha práctica no cambia ni altera la naturaleza del hinduismo.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Indian Young Lawyers Association & Ors. v. The State of Kerala & Ors.*, sentencia del 28-9-2018, en https://www.sci.gov.in/supreme-court/2006/18956/18956_2006_Judgement_28-Sep-2018.pdf.



Derecho a la igualdad. Eficacia horizontal. Derecho de propiedad. Estadios de fútbol. Denegación de acceso de hinchas violentos. Constitucionalidad. Derecho al debido proceso. Derecho de defensa. Derecho a ser oído. (Alemania).

Antecedentes del caso: en el año 2006, el recurrente, un hincha de dieciséis años del FC Bayern Munich, concurrió a un partido de fútbol como visitante contra el MSV Duisburg. Al finalizar el partido, hubo altercados verbales y físicos entre un grupo de hinchas de ambos equipos —entre ellos, el recurrente—, por lo que hubo lesionados y también daños a la propiedad. Como consecuencia, aproximadamente cincuenta personas fueron detenidas para ser identificadas, entre las cuales se encontraba el recurrente, a quien se le inició una causa por perturbación del orden público. Posteriormente, por sugerencia de la policía local, el MSV Duisburg, en representación de la Federación Alemana de Fútbol (Deutscher Fußball-Bundes e. V. – DFB), de la Federación de la Liga (Ligaverband), así como de todos los equipos de fútbol de la Bundesliga, prohibió el ingreso del recurrente a cualquier estadio de Alemania hasta junio de 2008. En efecto, los equipos se han otorgado facultades de representación entre ellos para prohibir el acceso a estadios, ejercer los derechos del propietario para hacer cumplir el reglamento interno e imponer prohibiciones de acceso a sus respectivos recintos deportivos. El MSV Duisburg, al imponerle tal restricción al recurrente, se fundó en su derecho a hacer respetar el reglamento interno y los Lineamientos sobre la prohibición de acceso a los estadios de la Federación Alemana de Fútbol vigentes en ese momento. La causa penal fue sobreseída por insignificancia, conforme al art. 153.1 del Código Procesal Penal. Sin embargo, el MSV Duisburg, sin haber oído el descargo del recurrente, decidió mantener la prohibición de acceso a los estadios. Por consiguiente, el FC Bayern Munich expulsó del club al recurrente y canceló su suscripción anual.

El recurrente entabló una demanda a fin de que se levantara la medida restrictiva con alcance nacional. Luego de que la primera causa iniciada deviniera abstracta, el agraviado modificó su pretensión en la instancia recursiva con el objeto ahora de que se declarara la ilegitimidad de la medida. Tanto la demanda inicial y su

recurso sobre cuestiones de hecho y de derecho, así como el recurso sobre cuestiones de derecho presentado ante el Tribunal Supremo Federal, fueron desestimados.

El recurrente fundó su planteo de inconstitucionalidad en la violación de sus derechos constitucionales porque la prohibición de su ingreso a estadios de fútbol se había basado en una mera sospecha sin una justificación o motivo razonables.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania declaró inadmisibile el recurso por infundado. La medida restrictiva debe ponderarse a la luz del principio de igualdad de trato previsto en el art. 3.1 de la Ley Fundamental (LF). La doctrina de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales no importa ningún principio constitucional objetivo según el cual las relaciones jurídicas privadas deban generalmente estar sujetas a garantías de igualdad. No obstante, la garantía del derecho a la igualdad sí tiene eficacia horizontal cuando los particulares ejerzan su derecho a aplicar un reglamento interno regido por el derecho privado para excluir a determinadas personas de eventos destinados, por propia voluntad de los particulares, a grandes audiencias —eficacia que atiende a la necesidad de que se permita la admisión sin distinción entre individuos—, y cuando una exclusión de esa naturaleza tenga un considerable impacto en la capacidad de las personas involucradas de participar en la vida social. Los organizadores de eventos no pueden hacer uso de sus facultades discrecionales para excluir a determinadas personas de tales eventos sin razones objetivas. Sin embargo, la facultad de imponer una prohibición de acceso a estadios no está supeditada a que se pruebe que el individuo en cuestión ha cometido un delito; antes bien, resulta suficiente acreditar la existencia de indicios objetivos que generen la sospecha de que la persona sobre la que se impondría la restricción provocará disturbios. Con carácter previo a la imposición de la medida restrictiva, la persona debe, en principio, ser oída y puede solicitar que se fundamente la prohibición a fin de que se habilite la vía judicial.

1. El estándar de revisión aplicable a las decisiones impugnadas en términos constitucionales ha de estar informado por la teoría de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales. En efecto, se trata de un conflicto entre particulares sobre el alcance del derecho de propiedad frente a terceros a la luz del derecho privado. Según la jurisprudencia establecida por el Tribunal, los derechos fundamentales pueden jugar un papel importante en este tipo de disputas por su eficacia horizontal mediata. Los derechos fundamentales generalmente no crean obligaciones directas entre particulares. Sin embargo, no por ello dejan de informar las relaciones jurídicas regidas por el derecho privado, y corresponde a los tribunales ordinarios hacerlos operativos en la interpretación del derecho común, especialmente cuando se trata de cláusulas generales propias del derecho privado y de conceptos jurídicos indeterminados. De esta manera, los derechos fundamentales irradian sus efectos como juicios de valor jurídico-constitucionales informando así el derecho privado.

A este respecto, en qué medida los derechos fundamentales irradian sus efectos indirectamente sobre el derecho privado depende de las circunstancias del caso. Resulta imperativo que se procure hallar un equilibrio entre las distintas

esferas de libertad de los respectivos titulares de derechos fundamentales a los fines de conferir suficiente operatividad a los valores constitucionales que subyacen a los derechos fundamentales.

2. Las resoluciones impugnadas, que se fundan en los arts. 862 y 1004 del Código Civil, hacen derivar de los derechos de dominio y de posesión el alcance del derecho de los operadores de estadios a aplicar el reglamento interno al amparo del derecho privado frente a hinchas de fútbol que pretenden ingresar. En este contexto, el derecho constitucional exige ponderar las garantías del derecho de propiedad —art. 14.1 LF— y la protección contra la desigualdad de trato arbitrario —art. 3.1 LF—.

Sin embargo, el art. 3.1 LF no importa ningún principio constitucional objetivo según el cual las relaciones jurídicas privadas deban generalmente estar sujetas a garantías de igualdad. Una exigencia de esta naturaleza tampoco puede derivarse de la doctrina de la eficacia horizontal mediata. En principio, todas las personas gozan de la libertad de elegir, según sus preferencias, cuándo, con quién y en qué circunstancias desean suscribir contratos, y de qué manera quieren hacer uso de su propiedad en este marco contractual.

No obstante, en determinadas circunstancias, pueden derivarse del art. 3.1 LF exigencias de igualdad en lo que se refiere a relaciones jurídicas privadas, y precisamente la prohibición de acceso a los estadios con alcance nacional impugnada en el caso se basa en tales circunstancias. A los fines de determinar la eficacia horizontal mediata del derecho a la igualdad de trato, el factor decisivo es que la prohibición de ingreso se impusiera, fundada en el derecho a hacer respetar el reglamento interno, como una exclusión discriminatoria de eventos que los organizadores, por propia voluntad, destinaron a grandes audiencias sin distinción entre individuos, y que tal medida tenga un considerable impacto en la capacidad de las personas involucradas de participar en la vida social. Cuando los particulares se comprometen a organizar eventos de esta índole, también deben asumir una responsabilidad jurídica especial en términos constitucionales. No pueden hacer uso de sus facultades discrecionales derivadas de su derecho a aplicar el reglamento interno —de forma similar a como operan posiciones de poder en otros casos que surgen de ventajas monopólicas o estructurales— para excluir a determinadas personas de tales eventos sin razones objetivas. En este caso, el reconocimiento constitucional de la propiedad como un derecho absoluto y las consiguientes facultades discrecionales unilaterales del propietario para hacer cumplir el reglamento interno deben ponderarse, a la luz del principio de que la propiedad importa una responsabilidad social hacia el bien público, contra la eficacia horizontal del principio de igualdad de trato en las relaciones jurídicas privadas que ha de ser tenida en cuenta, entre otros, por los tribunales ordinarios.

3. Corresponde a la justicia civil, a la hora de examinar una medida restrictiva como la impugnada, fundada en el derecho a aplicar un determinado reglamento interno regido por el derecho privado, resolver el conflicto entre el derecho de propiedad y el principio de igualdad de trato. A este respecto, los tribunales civiles cuentan con un amplio margen de ponderación. El Tribunal Constitucional

Federal solo interviene en caso de errores manifiestos de interpretación basados en un entendimiento incorrecto del alcance del derecho fundamental pertinente. En este sentido, resulta irrelevante si los tribunales civiles aplican directamente derechos fundamentales en sus sentencias. El único factor decisivo es que, en última instancia, los valores consagrados en los derechos fundamentales sean suficientemente tenidos en cuenta.

4.1. En virtud del principio de igualdad de trato, los tribunales civiles deben garantizar que las prohibiciones de ingreso a los estadios no sean arbitrarias, sino que se basen en cuestiones de hecho objetivas. En particular, están llamados a aclarar, en mayor medida, las exigencias constitucionales relativas a la necesaria ponderación de los derechos fundamentales frente al derecho de propiedad en cuanto a las circunstancias de hecho en que se imponen dichas restricciones, el fin de la medida y la responsabilidad de las personas afectadas. No es objetable desde el punto de vista constitucional que los tribunales consideren suficiente, a los fines de determinar una razón objetiva que justifique una prohibición de acceso a los estadios, acreditar la existencia de sospechas fundadas de que la persona sobre la que se impondría la restricción representa un riesgo de provocar disturbios. En este contexto, no constituye un presupuesto necesario la prueba de una conducta delictiva o un actuar ilícito previos, dado el interés legítimo de los operadores de estadios en garantizar partidos de fútbol libres de disturbios y su responsabilidad por la seguridad de los deportistas y del público en general. Resulta suficiente demostrar que las sospechas relacionadas con eventuales disturbios que pudieren causar las personas involucradas se fundan en hechos concretos y probados de suficiente peso.

4.2. La necesidad de alegar razones objetivas para la imposición de una prohibición de ingreso a los estadios importa ciertos recaudos procesales. En particular, los operadores de estadios deben razonablemente procurar investigar los hechos del caso. Ello incluye, al menos en principio, que las personas afectadas por la medida sean escuchadas y hagan su descargo antes de que se les imponga la medida restrictiva en cuestión. Asimismo, la fundamentación de la resolución debe ser expresa, a solicitud de la persona involucrada, a fin de que pueda accionar judicialmente en aras de hacer valer sus derechos.

El reconocimiento de estas garantías procesales no plantea conflicto alguno con la naturaleza de los litigios en materia civil. Es cierto que no existen fundamentos para reconocer estas garantías en el ámbito del derecho privado en litigios donde se hallan en disputa obligaciones contractuales recíprocas que las partes han determinado libremente. Cuando resulta evidente *ab initio* que las resoluciones judiciales en el fuero privado no entran en conflicto con derechos protegidos de terceros, y cuando puede arribarse a tales decisiones sin consideración de los intereses de la otra parte, no es necesario, al menos en principio, tornar operativas tales garantías procesales. Sin embargo, la situación es diferente en la medida en que el principio de igualdad de trato derivado de los derechos fundamentales informe la relación jurídica entre las partes, lo que importa la exigencia de que cualquier denegación de la prestación de un servicio esté fundada en razones que la justifiquen. Cuando se invoca el derecho a aplicar

un determinado reglamento interno para imponer medidas que en los hechos tienen efectos punitivos, lo que exige entonces que a las personas afectadas se les brinden motivos razonables que justifiquen la decisión, debe cumplirse con ciertas pautas mínimas, a saber, proporcionar a las personas involucradas la oportunidad de presentar alegaciones en contra de la medida y de ejercer sus derechos en tiempo oportuno, incluso exponiendo sus propios argumentos. Ello no impide que pueda primeramente tomarse una medida sin una audiencia previa en determinados casos en los que se justifique; la persona afectada puede entonces ser escuchada en una fecha posterior.

A este respecto, corresponde fundamentalmente también a los tribunales ordinarios especificar qué pautas seguir en estos casos. Han de determinar qué acciones puede esperarse razonablemente que realicen los operadores de estadios a los fines de esclarecer los hechos y qué recaudos han de cumplirse en relación con la audiencia previa prevista y —cuando fuera aplicable al caso— los fundamentos brindados a la persona afectada sobre el motivo de la restricción que se le impone. En este marco, los tribunales tendrán que tomar en consideración las enormes multitudes que arrastran eventos deportivos de magnitud, la amenaza específica que representan grupos de hinchas violentos y los intereses de aquellos sobre los que rige la prohibición de ingreso a los estadios.

5. Por todo ello, no son objetables las decisiones impugnadas.

5.1. El Tribunal Supremo Federal consideró legítima la prohibición de ingreso a los estadios impuesta al recurrente sobre la base de que estaba fundada en razones objetivas. Las consideraciones pertinentes cumplen con los recaudos constitucionales en lo que hace a la eficacia horizontal de lo previsto en el art. 3.1 LF.

De acuerdo con el razonamiento del Tribunal Supremo Federal, el riesgo de posibles disturbios en eventos deportivos constituye una razón objetiva para imponer una prohibición de ingreso a los estadios. Se sostuvo que la acreditación de la existencia de un riesgo semejante no puede basarse en temores subjetivos, sino en hechos objetivos. Estas consideraciones satisfacen los recaudos constitucionales expuestos anteriormente. El Tribunal Supremo Federal confirmó el derecho del recurrente a no ser sometido a decisiones arbitrarias, derecho que deriva de los valores consagrados en el art. 3.1 LF y que debe también hacerse operativo en la relación jurídica privada del caso bajo estudio, y luego ponderó este derecho frente al derecho del operador de estadios de organizar partidos de fútbol en su propio estadio según sus preferencias y, especialmente, respetando los recaudos de seguridad por los cuales es responsable.

Según lo establecido en las decisiones impugnadas, el inicio del proceso de instrucción por la fiscalía constituye una razón objetiva que justifica la medida restrictiva primigenia; en ese entonces, el proceso aún no había concluido. No existen objeciones constitucionales a esta afirmación. El Tribunal Supremo Federal expresamente declaró que no relevaba al organizador de su deber de examinar el carácter plausible de las alegaciones presentadas contra la persona afectada a fin de impedir que se inicie una causa penal evidentemente de manera arbitraria o basada en presunciones de hecho incorrectas. Sin embargo, no resulta irrazonable permitir

que los operadores de estadios confíen, en primer término, en el juicio de la fiscalía o de la policía cuando aún es incierto el resultado del proceso. Toda vez que los operadores de estadios tienen un interés legítimo en adoptar medidas con la mayor prontitud posible a fin de garantizar la seguridad, no tienen ninguna obligación de esperar a la conclusión del proceso para intervenir.

Por otra parte, el Tribunal Supremo Federal sostuvo que el hecho de que con posterioridad se suspendiera la instrucción no importaba su eliminación como razón objetiva que justificaba la prohibición de ingreso a los estadios. Si bien a partir de la suspensión de la instrucción conforme al art. 153 del Código Procesal Penal no podía presumirse que el recurrente hubiera cometido un delito, las circunstancias que habían dado lugar no solo a la sospecha inicial de una conducta delictiva que condujo a la apertura del proceso de instrucción, sino también a la sospecha de que el recurrente pudiera causar disturbios en el futuro, aún persistían a pesar del hecho de que la causa penal hubiese sido sobreseída. El recurrente a sabiendas frecuentaba grupos, con una cierta predisposición a la violencia, que efectivamente habían cometido actos violentos graves. No resulta cuestionable que el Tribunal Supremo Federal considerara este hecho como una razón objetiva que justificara la medida restrictiva. A este respecto, el tribunal no aceptó sin cuestionamiento alguno que el proceso de instrucción continuaría sirviendo de causa a los fines de justificar la prohibición de acceso a los estadios incluso luego de que la causa hubiera sido sobreseída. En lugar de ello, el tribunal confirmó la medida sobre la base de indicios que, por sí mismos, resultaban suficientes para generar una sospecha justificada de que el recurrente causaría disturbios a pesar de que la causa fuera sobreseída.

5.2. En lo que respecta a las alegadas violaciones de garantías procesales, el recurso también fue desestimado. Para el futuro, los Lineamientos sobre la prohibición de acceso a los estadios, en su versión actualizada, disponen que la persona afectada tiene derecho a ser oída y, como regla, antes de que se imponga una prohibición de acceso a los estadios. De igual forma, recurriendo a una interpretación razonable, resoluciones de esa naturaleza deben exponer fundamentos, al menos cuando se trata del control de constitucionalidad de medidas restrictivas de esta índole. En cuanto a la particular prohibición de ingreso a los estadios aquí impugnada, que caducó, el proceso ante la jurisdicción civil brindó al recurrente la oportunidad, al menos con posterioridad, de responder a los fundamentos expuestos para justificar la medida restrictiva y de presentar su descargo al respecto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 3080/09, sentencia del 11-4-2018, en http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/04/rs20180411_1bvr308009.html.



Derecho a la información. Información en poder de la administración. Derecho ambiental. (Chile).

Antecedentes del caso: Alex Muñoz Wilson solicitó al Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA) información desagregada por empresa sobre la cantidad y clase de antibióticos utilizados entre los años 2009 y 2013 por la industria de cultivo de salmón que opera en Chile. Conforme a la normativa sectorial, las salmoneras deben informar las medidas terapéuticas que apliquen a SERNAPESCA, que tiene a su vez una obligación de transparencia activa —que consiste en difundir por internet la información sobre el uso de antimicrobianos por cantidad y tipo a nivel de agrupaciones de concesiones, pero no por empresa—.

SERNAPESCA denegó a Muñoz Wilson la entrega de la información requerida por la oposición de las empresas salmoneras.

Por ello, Muñoz Wilson acudió al Consejo para la Transparencia, que admitió parcialmente el reclamo y determinó que no debía entregarse la información desagregada por empresa (conf. Ley de Transparencia, art. 21, causal 2) cuando constituye un secreto empresarial en los términos de la ley sobre propiedad industrial, dado que posee un valor comercial cuya publicidad puede afectar el desenvolvimiento competitivo.

Contra esa decisión, Muñoz Wilson interpuso un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que lo admitió y consideró que la información solicitada era pública y que no concurría causal de reserva alguna, pues toda persona tiene derecho a acceder a la información que obre en poder de la Administración.

Salmones Multiexport S. A. interpuso un recurso de queja contra esa decisión y solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los arts. 5, inc. 2, y 10, inc. 2, de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (Ley de Transparencia), que aprueba el art. 1 de la Ley 20285, y de una parte del art. 31 bis de la Ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Argumentó que el art. 8 de la Constitución Política (CP) establece un límite a la publicidad que no es respetado por las disposiciones cuestionadas, ya que dicha norma solo ordena la publicidad de actos, resoluciones, de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, y no de toda información que se encuentre en poder de la Administración del Estado, como lo son los antecedentes requeridos a SERNAPESCA.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Chile admitió el requerimiento deducido por Salmones Multiexport S.A. y declaró que los arts. 5, inc. 2, y 10, inc. 2, de la Ley de Transparencia y el art. 31 bis de la Ley 19300 —con excepción de sus letras c) y e), contenidas en su inc. 2— son contrarios a la Constitución Política de la República (CP).

1. El conflicto planteado consiste en determinar si es constitucional o no que, por aplicación de las disposiciones reprochadas, deba ser pública y accesible toda clase de información que se encuentre en poder de la Administración, incluida la información ambiental. La cuestión, más específicamente, es si debe ser pública

la información desagregada por empresas salmoneras sobre cantidades y clases de antibióticos usados entre 2009 y 2013 que está en poder de SERNAPESCA. A juicio de la accionante, la amplia publicidad dispuesta en los preceptos que censura contraviene lo dispuesto en el art. 8 CP.

2. El requerimiento debe ser admitido respecto de los tres preceptos legales impugnados, pues exceden o contravienen lo dispuesto en el art. 8 CP.

3. La Ley de Transparencia introduce el concepto de información, expresión que la CP no utiliza.

Los preceptos impugnados se enmarcan dentro de esta tendencia, toda vez que obligan a entregar “la información elaborada con presupuesto público” y también “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”. Además, el art. 31 bis de la Ley 19300 fue establecido en el mismo sentido, ya que señala que las personas tienen derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad con lo señalado en la CP y en la Ley 20285 sobre acceso a la información pública.

Los preceptos impugnados amplían el objeto del acceso a la información a través de la Ley de Transparencia, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones o documentos que consten en un procedimiento administrativo. Resulta difícil imaginar una información que no esté comprendida en alguna de las categorías que el precepto establece, porque la Administración produce información o la posee a algún título. El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración.

En contraste, el art. 8 CP razona sobre la base de decisiones. Por eso, habla de actos y resoluciones y de sus fundamentos y procedimientos, que sostienen la decisión. Así, el art. 5, inc. 1, de la ley, cuando nombra los documentos, no se refiere a cualquier documento, sino a aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, la “información elaborada con presupuesto público” o la “información que obre en poder de los órganos de la Administración” no necesariamente tienen que ver con eso.

4. La cuestión es si el legislador pretendió imprimir una amplitud semejante a la Ley de Transparencia, porque existe abundante información en la historia legislativa de dicha ley que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la CP; por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley 19880, al consignarse expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos.

Además, si el art. 8 CP hubiera querido hacer pública toda la información producida por la Administración o en su poder, no habría utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Su intención fue enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El art. 8, inc. 2, CP comienza señalando: “son públicos (...)”.

Por eso, la aplicación de los arts. 5, inc. 2, y 10, inc. 2, de la Ley de Transparencia y 31 bis de la Ley 19300, en la parte impugnada, no es consistente con

lo dispuesto en el art. 8 CP. No se obliga a la Administración a entregar información de otra forma que no sea la prevista en el ordenamiento legal ni a realizar operaciones diferentes, tales como procesar, sistematizar, construir o elaborar un documento nuevo o distinto. Eso lo puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo (art. 19 de la Ley de Transparencia). Pero la obligación de la Administración se limita a publicar dichos actos o resoluciones o a “proporcionar” o “entregar” lo requerido (art. 16 de la Ley de Transparencia). En relación con esto, la reforma constitucional incorporó la expresión “información” en la CP a propósito del nuevo principio de transparencia y del derecho a buscar, requerir y recibir datos públicos. La reforma reconoce que ahora el texto no establece esta variable.

5. Otra razón para considerar que los preceptos legales deben ser inaplicables por ser inconstitucionales radica en la historia fidedigna del art. 8. Se rechazó expresamente la posibilidad de que los informes y antecedentes de empresas privadas entregados a organismos de fiscalización estuvieran comprendidos en dicho artículo. Anteriormente esa posibilidad estaba prevista por el art. 13 de la Ley 19653. Además, las mociones que originaron la reforma constitucional del año 2005 contemplaban la publicidad no solo de las actuaciones de los órganos del Estado, sino también “de los documentos que obren en su poder”, pero eso no avanzó en su tramitación. Así, se infiere que los datos que las empresas privadas entreguen al Estado no pueden obtenerse por el derecho de acceso a la información. Esa posibilidad, dada en la Constitución anterior, fue descartada en la reforma constitucional de 2005.

6. Por otra parte, se profundizó el análisis del art. 31 bis de la Ley 19300, que consagra el derecho de una persona a acceder a la información de carácter ambiental que posea la Administración.

Esta norma forma parte de un sistema público de información que diseña la legislación ambiental. Así, el Ministerio del Medio Ambiente debe tener cierta información disponible (Ley 19300, art. 31 *ter*) y debe establecer un sistema de información pública sobre el cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental (Ley 19300, art. 70, letra k). El Servicio de Evaluación Ambiental, por su parte, debe administrar un sistema de información sobre permisos y autorizaciones (Ley 19300, art. 81, b) a partir de líneas de bases de proyectos sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental (Ley 19300, art. 81, c). La Superintendencia del Medio Ambiente debe administrar un Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental de acceso público (Ley 20417, arts. 31 a 34).

El art. 31 bis de la Ley 19300 establece un derecho de acceso especial para la información ambiental, que se enmarca en el propio art. 8 CP, pues la aludida norma remite a que este derecho se ejerza de conformidad con lo señalado en la CP. Entonces, la Ley de Transparencia no es la única norma de ejecución del art. 8 CP. Además, consagra el derecho de acceso a la información, sin perjuicio de que la autoridad ambiental, u otras autoridades, deban subir cierta información a sus páginas web. Así, el SERNAPESCA tiene la obligación de mantener en su página web dos tipos de informes: aquellos sobre situación sanitaria y uso de antimicrobianos por cantidad

y tipo de las agrupaciones de concesiones, y los vinculados al Programa Nacional de Vigilancia de Enfermedades de Alto Riesgo.

Para que opere el art. 31 bis, es necesario que se solicite cierta información, que puede ser —como la propia norma señala— “escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma”. Tal información debe cumplir con dos requisitos: estar en poder de la Administración y referirse a cuestiones de carácter ambiental, es decir, que versen sobre el medio ambiente o sus elementos. Además, para solicitarla, es indispensable que se siga el procedimiento establecido en la Ley de Transparencia. Si bien existe alguna información de la establecida por el art. 31 bis que se vincula con actos administrativos (art. 31 bis, letra c) o con sus fundamentos (letra e), el resto de las letras excede el marco del art. 8 CP. En primer lugar, no se vinculan con actos o fundamentos; en segundo lugar, exigen que la información esté en poder de la Administración, independientemente de si la produjo o si es información privada que fue aportada por empresas; en tercer lugar, la información solicitada pertenece a empresas específicas. Esto también excede la evolución de nuestra regulación, como también el propio art. 8, que se refiere a actos y resoluciones de órganos del Estado.

Entonces, excepto los literales c) y e), los demás también exceden o contravienen el art. 8, como lo hacen los arts. 5 y 10 de la Ley de Transparencia en la parte impugnada en estos autos. Por todas estas razones, el Tribunal admitió el requerimiento.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Salmenes Multiexport S.A. respecto de los arts. 5, inc. 2, y 10, inc. 2, de la Ley n.º 20285, sobre Acceso a la Información Pública, y del art. 31 bis de la Ley n.º 19300, en los autos sobre recurso de queja de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol n.º 15. 138-205, Rol 2907-15, sentencia del 27-12-2016, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=3372>.



Derecho a la libertad de comercio e industria. Derecho a la libertad de empresa. Reglamentación de la comercialización y consumo de bebidas alcohólicas. Restricciones. Principio de razonabilidad. (Perú).

Antecedentes del caso: Marcos Alfredo Pacheco Cárdenas interpuso una acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa y solicitó que se declarara inaplicable a su respecto: a) el Decreto de Alcaldía 012-2011-MPA, b) la Ordenanza 702/11 y c) el Decreto de Alcaldía 013-2011-MPA. Argumentó que las normas limitaban arbitrariamente el horario de atención al público a partir de las doce de la noche, lo cual, a su criterio, vulneraba sus derechos a la libertad de comercio, de empresa, a la igualdad y el principio de seguridad jurídica.

Alegó que la restricción horaria resultaba discriminatoria, ya que no se aplicaba para los casinos, a pesar de que también expendían bebidas alcohólicas y funcionaban en el centro histórico. Además, que la restricción cuestionada no reduciría la inseguridad ciudadana ni conservaría mejor el centro histórico de la ciudad.

La Municipalidad Provincial de Arequipa dedujo las excepciones de incompetencia y de falta de legitimidad para obrar del accionante. Contestó la demanda y alegó que la ordenanza no vulneraba los derechos constitucionales del apelante, ya que no pretendía prohibir la comercialización ni el consumo de bebidas alcohólicas, sino simplemente reglamentarlos a fin de salvaguardar la seguridad y la tranquilidad pública de la comunidad. Señaló también que las normas impugnadas tampoco afectaban a Pacheco Cárdenas, pues su local, un café restaurante, podría atender sin límite de horario.

El Noveno Juzgado Especializado Civil de Arequipa, en primer lugar, declaró infundadas las excepciones propuestas. También consideró infundada la demanda, porque no se habían afectado derechos fundamentales. Argumentó que estaba acreditada la razonabilidad de la medida cuestionada, que había superado el test de razonabilidad, y que no se había demostrado un trato desigual.

La sentencia fue apelada. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa la confirmó con fundamentos similares. En consecuencia, el accionante presentó un recurso de agravio constitucional contra la resolución.

Sentencia: el Tribunal Constitucional del Perú declaró infundada la acción de amparo.

1. Las normas que se impugnan en este proceso tienen el carácter de autoaplicativas, ya que su sola vigencia impone una restricción horaria que imperativamente debe cumplirse. Además, el reclamo incide en el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos fundamentales. En consecuencia, es necesario emitir un pronunciamiento de fondo.

2. El Tribunal estableció reiteradamente que los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos. Pueden ser regulados en forma legítima por el Estado a fin de tutelar otros derechos fundamentales, así como también bienes constitucionales, tales como el orden público o el bienestar general, para lograr un equilibrio entre la libertad individual y la convivencia social. En tal sentido, las intervenciones estatales se podrán realizar siempre que se pretenda racionalizar el orden público en favor de la libertad de los individuos.

Sin embargo, la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Por ello, no basta con argumentar que la municipalidad estaba legitimada para regular ese ámbito, sino que la regulación debe ser proporcional y razonable, pues, de lo contrario, se estaría excediendo en sus funciones.

3. Ahora bien, aunque el accionante denuncia la vulneración de su derecho a la libertad de empresa al no permitírsele comercializar bebidas alcohólicas en determinados horarios, debe precisarse que, lo que se vulnera es

la libertad de comercio (art. 59 de la Constitución Política). Este derecho debe ser comprendido la libertad ligada al intercambio de mercaderías o servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

No todo consumo de bebidas alcohólicas es motivo de preocupación por parte del Estado, sino solo el que resulta excesivo. Tampoco puede partirse de la premisa de que todas las personas que ingieren bebidas alcohólicas lo hacen hasta llegar a un nivel de embriaguez tal que pueda afectar derechos fundamentales de terceros o sus bienes. Por ende, si bien es necesario controlar el horario de venta, la regulación no puede ser irrazonable ni desproporcionada.

Pacheco Cárdenas no demostró que la intervención estatal en el derecho fundamental a la libertad de comercio hubiera sido inconstitucional, pese a que le correspondiera a él acreditar que se trataba de un acto arbitrario o carente de razonabilidad.

4. La restricción decretada no puede ser calificada de arbitraria, puesto que la medida adoptada por la Municipalidad Provincial de Arequipa persigue un objetivo totalmente legítimo, que es evitar los serios fenómenos sociales generados, profundizados o agravados por el consumo irresponsable de bebidas alcohólicas. Tampoco se demostró que la facultad de regulación estatal hubiera sido ejercida de manera desproporcionada o irrazonable.

La justicia constitucional, por más tuitiva que sea, no puede subrogar al accionante en la construcción de sus argumentos, más aún si se tiene en cuenta que la determinación de qué es desproporcionado o irrazonable y qué no lo es depende del caso en concreto.

5. Aunque el Tribunal coincidió con lo argüido en relación con que la regulación estatal no es ilimitada, tal alegato no resulta suficiente para estimar la demanda, ya que la posición no está argumentada de manera adecuada.

Por consiguiente, la demanda resultó infundada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, expediente 00256-2013-PA/TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por Marcos Alfredo Pacheco Cárdenas contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa de fecha 5 de octubre de 2012, sentencia del 19-4-2016, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00256-2013-AA.pdf>.



Derecho a la libertad de comercio e industria. Derecho a la libertad de empresa. Transporte de pasajeros: conductores de taxis y de otros vehículos con chofer. Derecho a la igualdad ante la ley. Control de constitucionalidad. (Francia).

Antecedentes del caso: el art. L. 3121-10 del Código de Transporte dispone que el ejercicio de la actividad de conductor de taxi es incompatible con la de conductor de vehículo de transporte con chofer (VTC, por sus siglas en francés). Ciertas personas se agraviaron porque la disposición afectaba su libertad de empresa y el principio de igualdad ante la ley, y alegaron que no estaba fundada en razones de interés general.

Se planteó al Consejo Constitucional como una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia entendió que la disposición impugnada es inconstitucional.

El legislador, a través de la disposición objetada, pretendió combatir el fraude a la actividad de los taxistas, especialmente en relación con el transporte de personas enfermas, y asegurar el aprovechamiento pleno de las autorizaciones de estacionamiento en la vía pública concedidas a los taxis.

Sin embargo, tanto los taxis como los VTC poseen signos distintivos. Además, solo los vehículos sanitarios ligeros y los taxis están sujetos a regímenes obligatorios de contratación de seguros médicos para transportar enfermos.

Asimismo, la incompatibilidad que establece el artículo objetado solo concierne a las actividades de conducir un taxi y un VTC, y no constituye un obstáculo al ejercicio conjunto de la actividad de conducir un taxi y la de conducir un vehículo motorizado de dos o tres ruedas o la de conducir una ambulancia. Por otro lado, dicha incompatibilidad no se aplica al titular de una autorización de estacionamiento en la vía pública que no es conductor de taxi.

En consecuencia, el legislador estableció una incompatibilidad que afecta la libertad de empresa de un modo que no se justifica por los fines invocados ni por ningún otro motivo de interés general. Por ello, la disposición cuestionada es inconstitucional.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: una cuestión prioritaria de constitucionalidad es el derecho que cualquiera de las partes de un proceso judicial tiene a plantear que una ley vulnera sus derechos y libertades constitucionales.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2015-516 QPC del 15-1-2016, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2015516QPC.htm>.



Derecho a la libertad de comercio e industria. Horarios de apertura comercial en centros turísticos. Derecho transitorio. Conflicto de competencias entre el Estado y las regiones. Derecho a la seguridad jurídica. (Bélgica).

Antecedentes del caso: un grupo de sociedades de responsabilidad limitada solicitó a la Corte Constitucional la anulación del art. 2 de la ley del 1.º de abril de 2016 —que modificó la ley del 10 de noviembre de 2006—, relativo a los horarios de apertura de comercios y servicios en los centros turísticos y balnearios.

Argumentaron que la disposición cuestionada permite al Concejo Municipal derogar un régimen de excepción en materia de horarios de apertura comercial en centros turísticos, y le delega a ese organismo una decisión política fundamental, sin establecer criterios que limiten su actuación. Alegaron que, de esta manera, se viola la libertad de comercio y de industria y ciertos artículos de la Constitución.

También sostuvieron que la norma impugnada viola los principios de igualdad y de no discriminación, ya que permite a las comunas acordar un tratamiento idéntico a los establecimientos ubicados dentro y fuera de los centros turísticos, pese a que existe una diferencia objetiva entre ellos.

Asimismo, estimaron que el legislador limitó innecesariamente su libertad comercial al regular el funcionamiento de los comercios abiertos las 24 horas los 7 días de la semana. Además, que no habían ignorado la reglamentación municipal al abrir ese tipo de establecimientos.

Por último, sostuvieron que los horarios de apertura de comercios en zonas turísticas no son competencia del legislador federal, sino del regional, conforme la normativa que regula el reparto de competencias entre el Estado, las comunidades y las regiones.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica rechazó el recurso por infundado.

En cuanto a la alegada violación de las normas en materia de reparto de competencias entre el Estado, las comunidades y las regiones, se transfirió por disposición legal, del Estado a las regiones, la competencia para establecer las condiciones de acceso a la profesión y para reglamentar el turismo. Sin embargo, la intención del legislador nunca fue extender esa transferencia a los horarios de apertura de los comercios y servicios en los centros turísticos y balnearios, que sigue siendo competencia federal.

Por otro lado, el artículo impugnado tiene por objeto dar a las comunas la posibilidad de imponer nuevos horarios de cierre a comercios de los balnearios o centros turísticos, en los cuales, en principio, el horario no está limitado, para evitar que los establecimientos violen los reglamentos municipales. El legislador federal puede delegar en las comunas la toma de decisiones sobre ciertas materias que exceden su competencia. En ese sentido, es válida la disposición que las habilita a derogar de modo permanente un régimen de excepción en materia de horarios de apertura en los centros turísticos.

Respecto de los principios de igualdad y de no discriminación, la disposición cuestionada no acuerda un tratamiento idéntico a los establecimientos ubicados dentro de los centros turísticos y a los situados fuera. A los últimos se aplica el art. 8 de la ley del 10 de noviembre de 2006 y tienen horarios obligatorios de cierre, mientras que a los primeros se aplica el art. 17 y no poseen limitación horaria, a menos que las comunas decidan imponerla.

Asimismo, la libertad de comercio y de industria no puede ser concebida como una libertad absoluta. La ley debe regular la actividad económica de las personas y de las empresas de manera razonable y en forma proporcional con el fin perseguido. Cuando adoptó la disposición legal en cuestión, el legislador intentó acordar a las comunas la posibilidad de evitar que los establecimientos comerciales, amparados en la excepción relativa a horarios de apertura en centros turísticos y balnearios, no cumplan los reglamentos municipales que les corresponden a los comercios nocturnos. En vista de este fin, la medida impugnada tiene una justificación razonable.

Por último, los accionantes también denuncian que se afectaron tanto su seguridad jurídica como los principios generales en materia de derecho transitorio, porque se habilitó la posibilidad de que las comunas impusieran nuevos horarios de cierre con efecto inmediato, sin establecer medidas transitorias. Sin embargo, si el legislador entiende que la modificación resulta necesaria, puede darle efecto inmediato y no está obligado a disponer un régimen transitorio. En este caso, los fundamentos son razonables y no se violaron las expectativas legítimas de los interesados. La circunstancia de que, antes de sancionar la disposición cuestionada, los horarios de apertura en centros turísticos y balnearios no hayan sido restringidos no puede legitimar la expectativa de los apelantes de que esto continuaría en el futuro.

Por todo lo expuesto, las pretensiones de los accionantes no están fundadas y la Corte rechazó el recurso.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 150/2017 del 21-12-2017, en <http://www.const-court.be/public/f/2017/2017-150f.pdf>.



Derecho a la libertad de empresa. Transporte de pasajeros. Principio de igualdad ante la ley. Derecho a la libertad de circulación y estacionamiento en la vía pública. Control de constitucionalidad. (Francia).

Antecedentes del caso: las empresas UBER Francia y UBER BV plantearon una cuestión prioritaria de constitucionalidad relativa a algunos artículos del

Código de Transportes, adoptados para preservar la distinción entre la actividad de recorrer la vía pública en busca de clientes y el transporte de pasajeros con “reserva previa”. La primera está reservada solo a los taxis por razones de orden público vinculadas al estacionamiento y a la circulación en la vía pública. Los taxistas la ejercen de acuerdo con un marco reglamentario particular, ya que son titulares de una autorización administrativa de estacionamiento. En cambio, la segunda actividad puede ser ejercida no solamente por taxistas, sino también por otras personas, como quienes poseen vehículos de transporte con chofer (denominado VTC por sus siglas en francés).

Los accionantes alegaron que la prohibición de informar a un cliente la localización y la disponibilidad de un vehículo mientras circula por la vía pública, impuesta a quienes cuentan con una autorización VTC, afecta su libertad de empresa y el principio de igualdad ante la ley. Asimismo, cuestionaron la disposición denominada “retorno a la base”, que obliga a un conductor de VTC a que, luego de concluir un viaje, regrese al establecimiento de donde partió o estacione en un lugar autorizado, a menos que ello se justifique por alguna reserva previa. También se agravieron de la prohibición de implementar ciertos métodos de fijación de precios y, en particular, de tomar en cuenta el tiempo transcurrido y los kilómetros recorridos, como lo hacen los taxis.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia resolvió que dos de las disposiciones objetadas eran constitucionalmente válidas, pero que otra era inconstitucional.

La prohibición de comunicar a un cliente la localización y la disponibilidad de un VTC mientras circula por la vía pública no viola la libertad de empresa ni el principio de igualdad ante la ley. Con esta disposición, el legislador buscó garantizar el monopolio de los taxis por razones de orden público, vinculadas al estacionamiento y a la circulación en la vía pública. La restricción, de todos modos, es limitada, pues la normativa impide indicar simultáneamente la disponibilidad y la localización de un VTC, pero permite brindar una de ellas. Además, autoriza a informar a los clientes el tiempo aproximado de espera.

La otra disposición que fue considerada constitucional es la relativa al “retorno a la base”. La restricción que impone a la libertad de empresa es proporcional y está justificada por razones de orden público vinculadas al estacionamiento y a la circulación en la vía pública. Por otro lado, esta obligación solo se aplica si el VTC no puede invocar una reserva previa.

El Consejo también descartó la queja referida a la violación del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, introdujo una reserva de interpretación. La obligación de “retorno a la base” se debe aplicar también a los taxis que se encuentren fuera de la zona autorizada para estacionar y que, de tal modo, estén en una situación idéntica a la de los VTC.

Por último, la disposición relativa a los métodos de fijación de precios fue declarada inconstitucional por afectar la libertad de empresa y de circulación de los

VTC. No hay ningún motivo de interés general que la relacione en forma directa con el objetivo supuestamente perseguido.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2015-468/469/472 QPC del 22-5-2015, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/decision-n-2015-468469472-qpc-de-22-de-mayo-de-2015>.



Derecho a morir dignamente. Pacientes con pérdida prolongada de conciencia. Tratamientos de soporte vital. Necesidad o no de intervención judicial. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: en junio de 2017, Y, un hombre de alrededor de 50 años, sufrió un paro cardíaco que dañó gravemente su cerebro debido a la falta de oxígeno y nunca más volvió a recuperar el conocimiento, por lo que fue necesario mantenerlo con vida mediante nutrición e hidratación médicamente asistida. Un mes después del paro cardíaco, ingresó en la unidad regional de rehabilitación en fase hiperaguda (RHRU, por sus siglas en inglés) a cargo de la Fundación NHS, a fin de que se evaluara su nivel de conciencia.

Su médico tratante llegó a la conclusión de que, aun si volvía a recobrar el conocimiento, tendría una discapacidad cognitiva y física muy importante y dependería del cuidado de otros para el resto de su vida.

Una segunda opinión fue emitida por un profesor de rehabilitación neurológica, quien consideró que Y se encontraba en estado vegetativo sin perspectivas de mejora.

Basándose en las opiniones de los médicos con respecto a su pronóstico, la esposa y los hijos de Y afirmaron que él no habría querido vivir en ese estado. Junto con el equipo médico, acordaron que, en el mejor interés de Y, la nutrición e hidratación médicamente asistida debía ser retirada, lo que daría lugar a su muerte en las dos o tres semanas subsiguientes.

En noviembre de ese mismo año, la Fundación NHS solicitó al Tribunal Superior que emitiera una resolución declarativa que estableciera la no obligatoriedad de solicitar la aprobación del tribunal para retirar la nutrición e hidratación médicamente asistida a un paciente con pérdida de conciencia prolongada, cuando el equipo médico y la familia están de acuerdo en que continuar el tratamiento no redundaría en el mejor interés del paciente. Además, que retirar la nutrición e hidratación médicamente asistida no genera responsabilidad civil o penal.

El Tribunal Superior declaró que no era obligatorio solicitar su aprobación para el retiro de la nutrición e hidratación médicamente asistida de Y si el equipo médico y la familia del paciente estaban de acuerdo en que continuar con el tratamiento no redundaba en su mejor interés. Por otra parte, declaró admisible el recurso del asesor

de menores e incapaces, e indicó que su resolución era recurrible directamente ante la Suprema Corte.

El asesor de menores e incapaces sostuvo que en todos los casos era preciso solicitar aprobación judicial antes de retirar la nutrición e hidratación médicamente asistida a un paciente con pérdida de conciencia prolongada a fin de garantizar su protección, dada su posición de vulnerabilidad. La petición se fundó en el Common Law y/o en la Convención Europea de Derechos Humanos, en particular, en sus arts. 2 y 6.

En el ínterin, Y murió, pero la Suprema Corte decidió que se debía proseguir con el recurso en razón de la importancia general de las cuestiones planteadas en el caso.

Sentencia: la Suprema Corte del Reino Unido desestimó por unanimidad el recurso interpuesto.

Ni el Common Law ni la Convención Europea de Derechos Humanos exigen la intervención judicial para decidir cuál es el mejor interés de los pacientes con pérdida de conciencia prolongada a los fines de retirar la nutrición e hidratación médicamente asistida.

La cuestión fundamental a la que se enfrenta un médico o un tribunal en relación con el tratamiento de un paciente que es incapaz de decidir por sí mismo no es si resulta legítimo retirar o negarse a suministrar el tratamiento, sino si resulta legítimo administrarlo.

En rigor, solo resulta legítimo brindar un tratamiento si redundaría en el mejor interés del paciente. En efecto, si un médico lo realiza con la convicción de que será en el mejor interés del paciente, tiene derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 5 de la Ley de Capacidad Mental de 2005 (Mental Capacity Act), a ser eximido de toda responsabilidad.

Cuando en el año 2007 entró en vigor la ley, el Common Law no preveía obligación alguna de solicitar autorización judicial para retirar el tratamiento de nutrición e hidratación médicamente asistida.

La reglamentación de la ley prevé la intervención judicial en casos como el presente, pero no es clara en cuanto a si resulta o no obligatoria. Por otra parte, la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la ley no exige la intervención.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Lambert v. Francia* y en otros posteriores, ha sentado criterios pertinentes para administrar o retirar un tratamiento médico que fueron respetados por el Reino Unido. En efecto, el Reino Unido posee un marco regulatorio compatible con las exigencias del art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, la ley exige que los médicos tomen en cuenta la voluntad expresa del paciente y la de su familia, así como las opiniones del resto del personal médico. Por otra parte, la posibilidad de la intervención judicial siempre queda abierta.

El caso *Lambert* y los casos posteriores demuestran que, en principio, la Corte Europea de Derechos Humanos no consideró un problema que la decisión de retirar

la nutrición y la hidratación médicamente asistida de un paciente con pérdida de conciencia prolongada deba ser tomada por un médico sin intervención judicial.

En conclusión, después de examinar la cuestión en su contexto más amplio, la Corte no consideró que en el Common Law o en la Convención Europea de Derechos Humanos esté contemplada la obligatoriedad de la exigencia que invoca el asesor de menores e incapaces de que medie una intervención judicial para decidir el mejor interés de los pacientes con alteración prolongada de la conciencia antes de que la nutrición e hidratación médicamente asistida pueda ser retirada. Si se aplican las disposiciones de la ley, y si existe acuerdo en cuanto a qué resulta el mejor interés del paciente, puede ser tratado de conformidad con el acuerdo sin recurrir a los tribunales.

Por todo ello, se desestimó el recurso interpuesto. Sin embargo, aunque el recurso a los tribunales no resultara necesario en todos los casos, es indudable que en algunos de ellos será exigible (o considerado conveniente) por sus circunstancias particulares, en cuyo caso no se debería dudar en solicitar la intervención judicial.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *An NHS Trust and others (Respondents) v. Y (by his litigation friend, the Official Solicitor) and another (Appellants)*, sentencia del 30-7-2018, en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0202-judgment.pdf>.



Derecho a la salud. Aborto. Financiación del Estado limitada a lo médicamente necesario. Derecho a la igualdad. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: Medicaid es un programa de seguros médicos para personas de bajos ingresos creado por el Gobierno federal de los EE.UU.

En Alaska, la financiación de la asistencia sanitaria por parte de Medicaid se realiza independientemente de la raza, la edad, la nacionalidad o la situación económica de las personas. El programa es administrado por el Departamento de Salud y Servicios Sociales que cubre los servicios de salud “médicamente necesarios”, tal como lo determinan los estatutos y las normativas, o bien los estándares de práctica médica aplicables al proveedor. Si bien la reglamentación del Departamento no brinda una definición de “médicamente necesario”, sí establece que Medicaid financiará solo aquellos servicios médicos “razonablemente necesarios para el diagnóstico y el tratamiento de una enfermedad, una herida, o un sistema orgánico, que el Departamento haya establecido previamente”.

En el año 1998, el Departamento aprobó una normativa que adaptaba a la Enmienda Hyde la cobertura brindada por Medicaid para la realización de abortos. La enmienda, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos en 1976, prohibía el uso de fondos federales para la práctica de abortos, excepto cuando, de llevar a término el embarazo, la vida de la madre corriera peligro, o en los casos de víctimas

de violación o incesto. Pese a que a través de los años ha sido levemente modificada, la Enmienda Hyde sigue vigente.

En el año 2001, la Corte Suprema del Estado de Alaska invalidó la referida normativa de 1998 fundándose en la cláusula de la Constitución de dicho estado relativa a la protección igualitaria, y señaló que la denegación del financiamiento de abortos presente en la normativa era incompatible con el objetivo estipulado en el programa de Medicaid de brindar asistencia médica universal y de alta calidad a todas las personas necesitadas del Estado. Asimismo, explicó que tanto una mujer que lleva su embarazo a término como otra que lo interrumpe ejercen el mismo derecho fundamental a elegir en materia reproductiva, y que la cláusula sobre protección igualitaria de Alaska no permite la discriminación de ninguna de ellas por parte del Estado. Como consecuencia, se restableció el requisito de necesidad médica exigido por Medicaid anterior a la promulgación de la normativa.

En 2012, el Departamento dictó una normativa —la 7 AAC 160.900 (d) (30)— de conformidad con la cual los médicos debían certificar si la práctica de un aborto cumplía con los requisitos de la Enmienda Hyde o si era “médicamente necesario”.

En el año 2013, el Departamento modificó las definiciones contenidas en las normativas de Medicaid, a fin de exigir la presentación de certificados médicos más detallados para la obtención de fondos estatales destinados a la práctica de abortos. Para ello se solicitó a los médicos una certificación de que la práctica hubiera sido requerida bajo las dos circunstancias permitidas por la Enmienda Hyde; o bien la constancia de que, según su criterio, el aborto fuera médicamente necesario a fin de evitar un grave riesgo para la salud física de la mujer, causado por el trastorno de alguna función orgánica importante, o incluso, pero no solo, en los casos enumerados: diabetes con trastorno agudo de metabolismo o daño de órgano; enfermedad renal que requiere diálisis; preeclampsia grave; eclampsia; estado epiléptico; anemia drepanocítica; enfermedad cardíaca grave congénita o adquirida clase IV; hipertensión pulmonar; neoplasia cuyo tratamiento pueda ser impedido o limitado por el embarazo; infección renal grave; insuficiencia cardíaca congestiva; epilepsia; convulsiones; coma; infección grave agravada por el embarazo; ruptura de membranas amnióticas; dilatación cervical precoz de más de seis centímetros a menos de veintidós semanas de gestación; embarazo ectópico sobre cicatriz de cesárea previa; embarazo no implantado en la cavidad uterina, y embolia de líquido amniótico.

La organización Planned Parenthood presentó una demanda en que alegó que la normativa en cuestión violaba la cláusula de protección igualitaria de la Constitución de Alaska, toda vez que, entre los servicios cubiertos por Medicaid, se había elegido el aborto para imponer una definición restrictiva de “necesidad médica”. El tribunal superior dictó una medida cautelar contra la ejecución de la normativa.

Mientras la demanda presentada por Planned Parenthood se encontraba en trámite, el legislador codificó una definición de “medicamente necesario” semejante a la contenida en la normativa de 2013. El estatuto aprobado —AS 47.07.068— estableció que el Departamento no cubriría la práctica de abortos a menos que fueran “médicamente necesarios” o que el embarazo hubiera sido consecuencia de

una violación o de incesto. El estatuto define como aborto “médicamente necesario” aquel que, sobre la base del criterio médico objetivo y razonable de un profesional, debe ser practicado para evitar que la vida o la salud física de una mujer corra peligro si continúa con su embarazo. Planned Parenthood, entonces, modificó su demanda a fin de incluir una impugnación del estatuto fundándose en razones de protección igualitaria, y presentó un segundo incidente que solicitaba al tribunal superior la extensión de la medida cautelar para que se incluyera tanto el estatuto como la normativa. El tribunal superior declaró procedente la petición y ordenó la implementación de ambas medidas a la espera del resultado del juicio.

El tribunal superior dejó sin efecto tanto el AS 47.07.068 como la 7 AAC 160.900 (d) (30) por razones vinculadas con la protección igualitaria, al sostener que el estatuto y la normativa discriminaban inadmisiblemente a las mujeres indigentes que eligen abortar. Asimismo, sostuvo que el legislador —mediante el AS 47.07.068— pretendió limitar la financiación de la mayoría de los abortos cubiertos por Medicaid mediante un criterio de alto riesgo y peligro. Por otra parte, llegó a la conclusión de que la definición de “médicamente necesario” contenida en el estatuto cubría solo aquellos abortos necesarios para evitar riesgos de salud —existentes o inminentes— atribuibles a las condiciones enumeradas. Por último, estableció que tal interpretación del estatuto y de la normativa violaba la cláusula de protección igualitaria de la Constitución de Alaska y ordenó su aplicación en forma permanente.

Entonces, el estado de Alaska presentó un recurso de apelación contra Planned Parenthood ante la Corte Suprema de Alaska.

Sentencia: la Corte Suprema del Estado de Alaska confirmó la sentencia del tribunal superior.

Planned Parenthood sostiene que el estatuto de Medicaid es manifiestamente inconstitucional por resultar discriminatorio, ya que confiere un trato desigual a dos categorías de personas: las mujeres que eligen abortar y aquellas que eligen llevar a término su embarazo.

Un estatuto o una norma que restringe el ejercicio de un derecho constitucional debe ser sometido a un análisis riguroso. Planned Parenthood opina que así debe ser en este caso, toda vez que, al crear una definición de necesidad médica específica, única, más gravosa y especialmente orientada al aborto, que, además, se aparta del criterio médico aplicado a otros servicios de Medicaid, el estado, de manera selectiva, le niega un beneficio a quienes ejercen un derecho constitucional. El estado no coincide con esta opinión y alega que financiará la práctica de abortos siempre que el procedimiento se ajuste al requerimiento general de protección de la salud de la paciente, aplicable a todos los servicios de Medicaid.

El análisis riguroso es aplicable a las medidas impugnadas porque discriminan entre categorías de embarazadas de una manera que desalienta el libre ejercicio de la elección personal. El AS 47.07.068 no solamente limita la decisión de las mujeres con respecto al aborto, sino que, como argumenta el estado, la financiación de Medicaid también es igualmente restrictiva para otros tipos de servicios médicos. Sin embargo, la financiación estadual de los servicios de salud no vinculados a la asistencia prenatal

o natal no tiene relevancia en el análisis de la Corte, porque el subsidio estadual de otros tipos de tratamiento no influye en el ejercicio del derecho fundamental de una mujer embarazada a elegir si llevar adelante su embarazo o interrumpirlo.

En Alaska, prácticamente todos los servicios sanitarios para mujeres indigentes que eligen llevar a término su embarazo son, según Medicaid, “médicamente necesarios”. Generalmente, las embarazadas reciben la financiación estadual de manera automática cuando un médico presenta la factura correspondiente. Sin embargo, una mujer indigente que necesita financiación para someterse a un aborto, de conformidad con las nuevas medidas, no puede obtenerlo, a menos que un médico lo certifique con el fin de evitar que su vida o salud corran peligro. En consecuencia, una mujer indigente cuya situación no se ajusta a la nueva definición de aborto “médicamente necesario” deberá asumir personalmente los costos médicos. No obstante, si elige dar a luz, el estado pagará la factura que su médico presente.

Estas restricciones desiguales impuestas por el estado desalientan el ejercicio de un derecho fundamental, toda vez que las mujeres embarazadas están sujetas a un doble dilema, porque el rechazo de una opción comporta, inevitablemente, la aceptación de la otra. Son pocos los tratamientos de Medicaid que presentan este dilema. Por ejemplo, el programa subsidia ligaduras de trompas y vasectomías sin restricciones especiales, pero no hace lo propio con los servicios de fertilidad o impotencia. El estado financia el ejercicio de un derecho fundamental y no del otro, pero no genera un efecto disuasivo o de incentivo. Una mujer a la que se le niega la financiación de un tratamiento de fertilidad no está obligada a realizarse una ligadura de trompas. Sin embargo, una mujer que no puede costearse un aborto médico deberá llevar su embarazo a término, ya que tampoco podrá practicarlo de otra manera, porque la legislación de Alaska exige que los abortos sean practicados por un médico autorizado.

El interés del estado es limitar la asistencia sanitaria a lo que resulta “médicamente necesario”, a fin de asegurar, de esa manera, la viabilidad financiera del programa de Medicaid en su conjunto. Por otro lado, la preocupación del legislador por la viabilidad fiscal de Medicaid se basa, en general, sobre los antecedentes legislativos. Sin embargo, estos no muestran evidencias de que Medicaid haya realmente subsidiado abortos no necesarios desde el punto de vista médico.

Ahora bien, el estado alega tener un interés imperioso en ahorrar dinero, pero la Corte opina que no solo el ahorro de los costos es un legítimo interés del estado. Es probable que el estado tenga un interés imperioso en garantizar la viabilidad financiera de Medicaid, pero, incluso de ser así, no modifica los resultados en el presente caso.

El análisis de la protección igualitaria no cuestiona cuáles intereses pueden justificar la restricción de los subsidios específicamente para la realización de abortos, sino cuáles intereses podrían justificar que el aborto se tratara de manera diferente que un parto o que otros cuidados durante el embarazo: el estatuto y la normativa no deberían ser ni excesiva ni insuficientemente amplios. Al estado le corresponde la carga de probar que los medios que ha escogido para promover sus objetivos son adecuados para los fines que persigue.

El estado puede acotar los gastos de Medicaid a través del empleo de criterios neutrales como el de “necesidad médica”, a fin de priorizar los subsidios. Sin embargo, los argumentos del estado en relación con las implicancias fiscales de AS 47.07.069 y de 7 AAC 160.900 (d) (30) no resultan convincentes. Un aborto le cuesta al estado significativamente menos que un parto en un hospital. En verdad, los abortos cuestan entre USD 650 y 750 en el primer trimestre, y entre USD 900 y 1000 en el segundo. El tribunal superior sostuvo que un parto en un hospital le cuesta a Medicaid aproximadamente USD 12 000. Si las restricciones a los subsidios para la práctica de abortos conducen a un número significativo de mujeres a dar a luz, entonces debilitarán, en lugar de promover, el interés del estado en reducir costos.

Aun si, en la práctica, las medidas impugnadas no son financieramente contraproducentes, resultan un medio insuficientemente amplio para cumplir con los objetivos del estado. En efecto, el estado asegura que es innecesario imponer restricciones semejantes a los servicios médicos brindados a las mujeres embarazadas que llevan a término sus embarazos, porque dichos servicios, casi siempre, sirven para proteger la salud de la mujer o del feto. Sin embargo, el estado no ofrece fundamento alguno que sustente esta afirmación, y las pruebas que constan en el expediente demuestran lo contrario. Un perito estadual declaró que existen varios tratamientos durante el embarazo, como las cesáreas programadas y las inducciones al parto, que pueden ser solicitados por las madres y que, en términos médicos, pueden no resultar beneficiosos a largo plazo. Asimismo, un perito testigo de Planned Parenthood manifestó que, recientemente, la American College of Obstetrics and Gynecology realizó una evaluación de las cesáreas y las inducciones al parto optativas o “no indicadas por el médico”. Ambos procedimientos, que no necesariamente sirven para proteger la salud de la madre, son subsidiados por Medicaid y no requieren una certificación especial de necesidad médica. En consecuencia, las medidas no resultan suficientemente amplias; el estatuto y la normativa seleccionan solo uno de entre varios procedimientos supuestamente “optativos” disponibles para las mujeres embarazadas, debido a requisitos de financiación restrictivos.

En conclusión, el estatuto y la normativa en cuestión no han sido estrictamente pensados para preservar los fondos de Medicaid. El estado no ha probado que las diferencias entre las categorías afectadas justifiquen el tratamiento discriminatorio impuesto por AS 47.07.069 y 7 AAC 160.900 (d) (30).

CORTE SUPREMA DEL ESTADO DE ALASKA, *State of Alaska and the Commissioner of the Department of Health & Social Services, Appellants v. Planned Parenthood of the Great Northwest, Appellee*, sentencia del 15-2-2019, en <https://public.courts.alaska.gov/web/appellate/opinions/sp-7334.pdf>.



Derecho a la salud. Menores. Salud pública. Principio de precaución. Prevención sanitaria por vacunación (vacuna del HPV). Efectos secundarios. Prestación del servicio de salud: principio de integralidad y principio de continuidad. Derecho a la información. Derecho al diagnóstico. Consentimiento informado. Derecho a la seguridad social. Derecho a la dignidad humana. Derecho a una vida digna. (Colombia).

Antecedentes del caso: el Ministerio de Salud y Protección Social incluyó la vacuna contra el Virus del Papiloma Humano (HPV) en el Esquema Único Nacional de Vacunación como parte de la Estrategia Nacional en Salud Pública para reducir la morbilidad y mortalidad como consecuencia del cáncer de cuello uterino, y lo informó a las instituciones educativas y a los padres de familia.

La Institución Educativa Celmira Bueno Orejuela de Cali, Valle del Cauca, donde Aura Cristina Campo Perdomo cursaba 5.º grado, envió a los padres un pedido de autorización para aplicar la vacuna. Con la autorización, la menor recibió tres dosis de la vacuna Gardasil en una jornada organizada por la institución educativa. Aproximadamente un mes después de recibir la tercera, Aura Cristina comenzó a presentar fuertes dolores en el lado derecho de su cuerpo y en sus extremidades. Por ello, acudió a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.O.S., donde se le hicieron estudios y se concluyó que la menor presentaba artritis reactiva poliarticular. Como no mostraba mejoría, sus padres la llevaron al laboratorio The Great Plains Laboratory, Inc., en Estados Unidos, donde se le practicó un examen de metalograma en el pelo y se llegó a la conclusión de que presentaba una intoxicación por metales pesados (plomo, aluminio, cadmio, titanio y plata). La intoxicación con plomo fue confirmada por otro examen, realizado por un toxicólogo del Hospital Infantil San José de Bogotá.

La madre de la menor advirtió que la atención médica prestada por el Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. es engorrosa e inadecuada, puesto que trataron los síntomas de su hija a medida que fueron apareciendo, sin que hubieran determinado con claridad el origen de la enfermedad ni su diagnóstico. Asimismo, consultó a un toxicólogo del Hospital Universitario del Valle, quien le manifestó que las vacunas tienen aluminio como coadyuvante, lo que no fue informado cuando se dispuso su aplicación. También solicitó a la Superintendencia de Salud que ordenara al Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. que le brindara a su hija un tratamiento integral y un diagnóstico definitivo, pero, cuando presentó la demanda, aún no había obtenido respuesta. La E.P.S. diagnosticó que Aura Cristina Campo Perdomo presenta un cuadro de fibromialgia juvenil, por lo que realiza un tratamiento constante pero no integral, sin resultados satisfactorios.

Entonces, Edith Perdomo Londoño —en representación de su hija menor Aura Cristina Campo Perdomo— y Alba Lucía Murillo Maya —como agente oficiosa de los demás niños, niñas, adolescentes y mujeres jóvenes presuntamente afectados por los efectos secundarios de la vacuna del HPV— solicitaron al juez de tutela el amparo

de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, ya que no recibieron una atención sanitaria integral y no se cumplieron los protocolos de seguridad. En concreto, pidieron la atención integral de la salud de sus representados y la revisión de los protocolos de seguridad de la vacuna y su eventual suspensión. También reclamaron que se ordenara al Ministerio de Salud y Protección Social la adopción de medidas para controlar los estadios tempranos del cáncer cervical en el sistema de salud colombiano de cumplimiento universal, informar y educar a la ciudadanía antes de administrar la vacuna, obtener su consentimiento informado por escrito y enfatizar la no obligatoriedad de la aplicación.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali decidió no tutelar los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida invocados por las accionantes, porque consideró que no se había probado el nexo causal entre el mal estado de salud de la menor y la vacuna contra el HPV, aplicada con autorización del Estado, ni la existencia de una amenaza actual que pueda causar un perjuicio irremediable, dado que las entidades accionadas habían realizado todo lo necesario para mejorar la salud de la niña.

Las accionantes impugnaron la decisión, pero el Tribunal Superior del Distrito de Cali la confirmó en su totalidad. No obstante, exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social a que impartiera instrucciones para que se supervisara el caso de la menor afectada, al que consideró un Evento Supuestamente Atribuible a la Vacunación o Inmunización (ESAVI), para garantizar una atención oportuna e integral en salud.

La Sala de Revisión seleccionó el caso para examinarlo.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Cali y concedió el amparo del derecho fundamental a la salud de la menor Aura Cristina Campo Perdomo, afiliada a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.O.S., concretamente, el derecho al diagnóstico y la atención integral.

Ordenó al Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. que, junto con especialistas médicos, evalúen el estado de salud de la menor Campo Perdomo, de conformidad con su historia clínica. Además, deberá autorizar el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, insumos, intervenciones quirúrgicas y prácticas de rehabilitación que el médico tratante estime necesarios para el restablecimiento o la mejoría de la paciente.

Advirtió al Ministerio de Salud y Protección Social que la vacuna contra el HPV no puede aplicarse sin el consentimiento informado de sus destinatarios legales, como condición previa para administrar la vacuna e indicar sus efectos adversos.

Asimismo, lo exhortó a elaborar un informe para identificar el número de personas que fueron destinatarias de la aplicación de la vacuna contra el HPV y requieran atención del sistema de seguridad social en salud por causas atribuibles a afecciones derivadas de ella. El informe deberá establecer un plan de acción que garantice el acceso integral y continuo al sistema de seguridad social en salud de los presuntos afectados, así como un seguimiento de cada caso. También le exigió

continuar las labores de seguimiento y valoración periódica de los conceptos técnicos y científicos que a nivel nacional e internacional analizan la vacuna, así como impulsar campañas masivas de comunicación y educación pública.

1. Edith Perdomo Londoño tiene legitimación activa para representar los derechos fundamentales de su hija Aura Cristina.

Sin embargo, Alba Lucía Murillo Maya no tiene legitimación activa, debido a que no logró identificar ni individualizar a todas las personas presuntamente afectadas por la aplicación de la vacuna contra el HPV, ni tampoco a todas las E.P.S. demandadas. Por ello, no es posible que la Sala de Revisión emita un pronunciamiento de fondo sobre el particular.

2. Resulta complejo establecer o descartar un nexo de causalidad entre la vacuna contra del HPV y el diagnóstico de fibromialgia, artritis reactiva o poliartritis e intoxicación por metales pesados. La intoxicación por metales pesados (plomo, aluminio, cadmio, titanio y plata), detectada tras el examen de metalograma en el pelo de la niña practicado en Estados Unidos, no es consecuencia eficiente ni necesaria de la vacuna, en tanto la dosis administrada contiene exclusivamente aluminio como coadyuvante. Dado que no contiene metales pesados, no pudo ser la causa de la afección.

La Corte destacó que algunos dictámenes médicos se inclinan por demostrar que la menor padece el Síndrome Inflamatorio Autoinmune Inducido por Adyuvantes (ASIA, por sus siglas en inglés), al advertir el cumplimiento de dos criterios mayores, según la temporalidad de las circunstancias de hecho, a saber: a) la aplicación de la vacuna con anterioridad a las manifestaciones clínicas y b) la aparición de mialgia, debilidad muscular, artralgas y/o artritis. Aunque esto no demuestra necesariamente una relación causal entre la vacunación y las enfermedades surgidas en la niña, dado que su cuadro clínico puede estar asociado a la aparición de enfermedades inmunológicas o genéticas, no se descarta que sus patologías hayan surgido como reacciones adversas a la vacuna del HPV. Sin embargo, se resalta que las principales agencias de la salud a nivel internacional y nacional avalan la seguridad y eficacia de esta vacuna.

La Corte no cuenta con los elementos probatorios suficientes para determinar la existencia de un nexo de causalidad entre la aplicación de esta vacuna y las enfermedades que aquejan a la menor. Empero, tampoco se puede descartar que su cuadro genético o inmunológico pudo ser un factor potencializador de los efectos nocivos de la vacuna. Por ello, exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social a que elaborara un informe para identificar el número de personas vacunadas que hubieran requerido atención por causas atribuibles a posibles afectaciones derivadas de la vacunación. Este informe deberá establecer un plan de acción que garantice el acceso integral y continuo al sistema de seguridad social en salud de las personas afectadas y un seguimiento de cada caso, entre otras cuestiones.

3. El derecho al diagnóstico integra el derecho fundamental a la salud e implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente, así como los tratamientos médicos que requiere para mejorar su calidad de vida o recuperarse de una enfermedad.

Por otra parte, se entiende por tratamiento integral el suministro completo de todos los servicios y tecnologías de salud para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia de su origen o de la condición de salud del paciente, y de su sistema de provisión, cobertura o financiación. En virtud de este principio, no se puede fragmentar la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. La accionante solicitó la atención integral de su hija hasta que se estableciera un diagnóstico adecuado de las supuestas enfermedades causadas por el efecto secundario de la vacuna contra el HPV, así como los posteriores tratamientos que requiriera hasta su recuperación total.

Por ley y jurisprudencia, corresponde a la menor —sujeto de especial protección constitucional— el acceso a todos los servicios sanitarios de manera oportuna, continua, eficaz y con calidad para lograr el total mejoramiento de su salud. La determinación del origen de la enfermedad no es certero, como tampoco lo fue su atención y recuperación definitiva. La atención de la niña no puede estar limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Por ello, la Sala ordenó al Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. que evaluara, junto con especialistas médicos, el estado de salud y el origen de su enfermedad, y que autorice el suministro de todos los medicamentos, consultas, tratamientos, insumos, intervenciones quirúrgicas y prácticas de rehabilitación para el restablecimiento total o paliativo de su salud. Las instituciones prestadoras de la salud y los médicos tratantes deben definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que garanticen a la paciente las mejores condiciones de atención en salud y darle un trato prevalente por su condición de menor de edad sin diagnóstico certero.

4. Como no fue posible demostrar el nexo causal entre la vacuna y el diagnóstico de la menor, no hay sustento probatorio para suspender motivadamente el programa de vacunación que ejecuta el Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, con la finalidad de prevenir el cáncer de cuello uterino.

Aplicando el principio de precaución a la vacuna contra el HPV, la Sala observó que no existe aceptación uniforme respecto de su grado de seguridad, calidad y eficacia. Tampoco es admisible suspender su administración al realizar el control concreto de constitucionalidad, debido al efecto *inter partes* del fallo objeto de revisión.

Adicionalmente, en virtud de la normativa colombiana, se aceptan los estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud, la Conferencia Internacional de Armonización y la Food and Drug Administration, organizaciones internacionales que recomiendan la inclusión de la vacunación contra el HPV en los programas nacionales de inmunización en los que la prevención del cáncer cervicouterino sea una prioridad de política pública. En el contexto colombiano, según la mayoría de informes presentados en sede de revisión por distintas universidades y asociaciones, se recomienda la aplicación de la vacuna contra el HPV con motivos preventivos.

En suma, la aplicación de la vacuna no se suspende por las siguientes razones: a) está destinada a prevenir el cáncer de cuello uterino como política pública válida; b) su aplicación brinda beneficios a las mujeres colombianas ya que protege su salud; c) las principales organizaciones internacionales y nacionales que sirven

de referencia aprueban la seguridad, calidad y eficacia de su administración; d) en este caso concreto, no fue posible demostrar científicamente que sea la causa de las enfermedades que padece la menor; y e) es improcedente suspender la vacuna en un juicio que solo produce consecuencias para las partes y que, por regla general, no afecta a la generalidad de la población.

5. Corresponde mencionar que el título de la ley puede llevar a confusión, en cuanto dispone la obligatoriedad de la vacuna contra el HPV. Esto generó en las accionantes una indebida interpretación, toda vez que el articulado de la norma no contiene mandato legal alguno que disponga el carácter forzoso que la apelante le otorga al programa de vacunación para los particulares.

Para la Sala resultó claro que el Estado, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, o de cualquier otra institución, no puede obligar a la población colombiana a vacunarse contra el HPV, por cuanto la facultad del paciente de tomar decisiones relativas a su salud fue considerada un derecho de carácter fundamental por la jurisprudencia constitucional, como concreción del principio constitucional de pluralismo (arts. 1 y 7 CP) y de los derechos fundamentales a la dignidad humana (art. 1 CP), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP) —cláusula general de libertad del ordenamiento jurídico colombiano—, a la integridad personal (art. 12 CP) y a la salud (art. 49 CP).

Con una interpretación sistemática de la ley, concluyó que el deber estatal de suministrar la vacuna con carácter obligatorio depende del Gobierno Nacional. Sin embargo, dicho deber no significa la existencia de otro correlativo para la población frente a su libre administración.

6. El consentimiento informado fue desarrollado por la jurisprudencia como un principio autónomo que, a su vez, materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual, el pluralismo, y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana. También fue definido como una consecuencia lógica del derecho a la información y el derecho a la autonomía (arts. 16 y 20 CP) y, en tal sentido, consiste en ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna de aquellos procedimientos médicos que afecten en mayor o menor medida otros bienes jurídicos esenciales, como la vida y la integridad personal. Además, la jurisprudencia constitucional señaló que, en asuntos relacionados con menores de edad, procede el consentimiento sustitutivo de los padres, con ciertas limitaciones, ya que por su corta edad carecen de conciencia suficiente para autorizar tratamientos médicos sobre su propia salud. Esta postura luego fue matizada, ya que, si bien en un primer momento la jurisprudencia admitió el consentimiento sustitutivo de los padres cuando el paciente es menor de edad, posteriormente se reconoció que el consentimiento otorgado por los padres de familia o representantes legales se encontraba sujeto a limitaciones.

Es preocupante que el ministerio de Salud y Protección Social no informe debidamente los efectos de la vacuna y que, al momento de administrarla, no obtenga el consentimiento informado. Por ello, vistos los riesgos de la vacuna contra el HPV, la edad de las mujeres objeto del programa y la necesidad de prevenir el cáncer de

cuello uterino como política pública estatal, la Sala advirtió al ministerio sobre la necesidad de obtener el consentimiento previo e informado de todos los destinatarios del programa de vacunación, junto con el de sus padres o representantes legales si son menores de edad, como condición *sine qua non* para su aplicación.⁷

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela interpuesta por Edith Perdomo Londoño, en representación de su hija Aura Cristina Campo Perdomo, y Alba Lucía Murillo Maya, en calidad de agente oficiosa de los demás niños, niñas, adolescentes y mujeres jóvenes presuntamente afectados por los efectos secundarios causados por la vacuna del Virus del Papiloma Humano —HPV—, contra el Ministerio de Salud y Protección Social, el Servicio Occidental de Salud S.A. -S.O.S.- E.P.S., las demás E.P.S. involucradas y el SISBEN, sentencia T-365/17 del 2-6-2017, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-365-17.htm>.



Derecho a una vida libre de violencia. Violencia de género. Violencia doméstica. Derecho a una vida digna. Derecho a la integridad y a la seguridad personal. Derecho al debido proceso. Acceso a la justicia. Revictimización. (Colombia).

Antecedentes del caso: G.A.C. tiene más de 60 y vive hace 21 años con su cónyuge, R.G.M., en la misma residencia. En diversas oportunidades lo ha denunciado por agresiones. En 2008, radicó una denuncia ante la Fiscalía 38 Local de Cali, pero no se tomó ninguna medida judicial o de protección. En 2014, presentó otra denuncia a raíz de que su cónyuge la amenazó de muerte, intervino la Fiscalía 57 Local Cavif, que no dio respuesta al pedido de protección de sus derechos. En marzo de 2017, presentó otras dos denuncias por hechos similares, cuya investigación correspondió a las Fiscalías 57 y 38 Locales. A pesar de existir informes elaborados por medicina legal que dan cuenta de la existencia de un riesgo grave y de la cronicidad, frecuencia e intensidad de las agresiones...”, no se ha tomado medida de protección alguna, y menos aún se han tomado medidas para investigar y sancionar la violencia de la cual es víctima. También acudió a la Comisaría de Familia de Los Mangos, donde se celebró una audiencia, que, de acuerdo con G.A.C., fue indebidamente manejada por la comisaria, ya que se le sugirió que sus problemas de pareja dependían de cuestiones de carácter sexual. Aseguró que solo se le sugirió como solución aceptar la propuesta económica de su cónyuge respecto de la vivienda. Resaltó que R.G.M. le había manifestado su intención de matarla para quedarse con la casa, y destacó que no había denunciado todos los episodios de violencia sufridos, pues, cuando lo hizo, no se adoptaron medidas preventivas.

Afirmó que ha solicitado protección a la Policía Nacional, pero los policías no siempre se han presentado, y cuando lo han hecho, le han dicho que debía irse de su

casa para evitar los actos de violencia, lo que no le resulta posible debido a la falta de recursos atento a que a su edad le es muy difícil conseguir trabajo.

Por todo ello, G.A.C. interpuso una acción de tutela contra la Fiscalía General de Nación, la Policía Nacional de Colombia y la Comisaría de Familia Los Mangos del Distrito de Aguablanca, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la seguridad, al acceso a la administración de justicia, a la dignidad humana y a vivir libre de violencia. Pidió que se ordenara a la Fiscalía General de la Nación solicitar ante un juez con función de control de garantías la captura de su agresor, que se lo imputara y que se adoptaran las medidas de protección previstas en los arts. 16 y 17 de la Ley 1257/2008. Respecto de la Comisaría de Familia, solicitó que se ordenara, como medida de protección, desalojar a R.G.M. de su vivienda; que se disponga una investigación disciplinaria contra la titular de dicha oficina, y que se declare que las autoridades accionadas ostentan posición de garante frente a su situación. Como medidas provisionales, solicitó el desalojo de R.G.M. de la vivienda, y visitas diarias y atención telefónica por parte de la Policía.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Cali denegó la medida provisional solicitada; sin embargo, requirió a la Comisaría de Familia verificar que las medidas dispuestas garantizaran suficientemente la seguridad de la accionante y, de ser necesario, que adoptara las que correspondieran, inclusive el desalojo del accionado. Vinculó a las Fiscalías 35 y 57 Locales de Cali, a las Estaciones de Policía del barrio Desepaz y Sol de Oriente —Unidad de Reacción Inmediata de Los Mangos—. En la sentencia, concluyó que tanto la Comisaría de Familia Los Mangos —Casa de Justicia Aguablanca— como las demás entidades accionadas y vinculadas al trámite se ajustaron a los lineamientos legales y constitucionales establecidos para el caso.

La decisión fue impugnada.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar la sentencia. Sin perjuicio de ello, anuló lo tramitado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra las Fiscalías 35, 38 y 57 Locales de esa ciudad, y ordenó remitir copia del expediente a los juzgados penales del circuito para que efectuaran el reparto correspondiente y se avocara el conocimiento de la acción de tutela presentada contra las autoridades.

Tomó intervención en la tutela el Juzgado 21 Penal del Circuito de Cali, que declaró improcedente el amparo solicitado por G.A.C. Argumentó que este trámite solo puede prosperar ante la prueba de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, lo cual no quedó acreditado. Resaltó que las actuaciones desplegadas por las fiscalías accionadas se habían realizado de conformidad con la normatividad legal. Consideró que las fiscalías han realizado las diligencias que correspondían frente a las denuncias de la accionante, y destacó que la renuencia de la demandante a comparecer ante el ente acusador dificultaba el proceso.

El caso fue escogido para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó el fallo dictado por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali que

denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante. En su lugar, concedió la protección de los derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, la seguridad, al acceso a la administración de justicia, la dignidad humana y el derecho de la mujer a vivir libre de violencia.

Ordenó a la Comisaría de Familia Los Mangos del Distrito de Aguablanca que se declarara impedida para continuar con el trámite iniciado por G.A.C. y dispusiera su remisión a fin de que se decida sobre el impedimento y se lo asigne a otra comisaría. También ordenó a la comisaría a la cual finalmente se le asigne el conocimiento del trámite que realice las gestiones necesarias para verificar si R.G.M. ha reincidido en conductas violentas contra G.A.C., a fin de continuar con el trámite administrativo de incumplimiento de las medidas de protección decretadas previamente. Además ordenó a la Comisaría de Familia correspondiente que convoque a otros profesionales que le permitan determinar las condiciones físicas, emocionales y psicológicas de G.A.C., y que la acompañe durante el trámite. Por otra parte, ordenó a la Comisaría de Familia respectiva y a la Fiscalía 57 Local de Cali, si aún no lo hicieron, que realicen los trámites pertinentes para materializar las medidas de protección que mejor se adapten a la situación de G.A.C., según las Leyes 294/1996 y 1257/2008, para lo cual deberán contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, Regional Valle del Cauca, Delegada de las Mujeres y Asuntos de Género. La Fiscalía deberá solicitar dichas medidas al juez con función de control de garantías.

Advirtió a la Defensoría del Pueblo Regional Valle del Cauca, Delegada de las Mujeres y Asuntos de Género que ofrezca asesoría jurídica idónea que le permita a G.A.C. solucionar de manera definitiva los conflictos económicos con R.G.M. Se exhortó a G.A.C. a asistir a todas las consultas de psicología que programe su EPS y asumir una actitud colaboradora con la gestión de la Fiscalía y la Comisaría que tramitan sus denuncias. Se recomendó a la Policía Nacional, Policía Metropolitana de Cali y a Coomeva EPS que atiendan de manera inmediata los requerimientos de la Comisaría de Familia y de la Fiscalía 57 de Cali.

Ordenó que el uso de la vivienda familiar le corresponda exclusivamente a G.A.C., hasta tanto la Comisaría de Familia y/o un Juez con Función de Control de Garantías impone una medida de protección a su favor. Para hacer efectiva esta medida, la Comisaría de Familia y la Fiscalía General, con el apoyo de la Policía Nacional, en el término de 48 horas a partir de la notificación del fallo, dispondrán las gestiones correspondientes.

Dispuso remitir copia del fallo al comandante de Policía Metropolitana de Santiago de Cali para que investigue a los funcionarios de policía que se rehusaron a recibir los oficios OPTB-680/18 del 20 de marzo de 2018 y OPTB-1094/18 del 19 de abril de 2018. Además, dispuso remitir copia de este fallo al Instituto Nacional de Medicina Legal, Dirección Regional Suroccidente, Seccional Valle para que investigue a los funcionarios que se rehusaron a recibir el oficio OPTB-1244/18 del 4 de mayo de 2018.

1. G.A.C. promovió una acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional de la ciudad de Cali y la Comisaría de Familia –Casa de Justicia del Distrito de Aguablanca– de la misma ciudad, por considerar que

vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, la seguridad, el acceso a la administración de justicia, la dignidad humana y el derecho como mujer a vivir libre de violencia, por no establecer medidas de protección eficaces.

La Sala debió establecer qué medidas de protección deben adoptar la Fiscalía General de la Nación, las comisarías de familia y la Policía Nacional para atender a una mujer que denuncia un acto de violencia intrafamiliar. Además, debió decidir, si en el caso, se procedió de conformidad con las disposiciones previstas en la ley para garantizar a la actora los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la seguridad, al acceso a la administración de justicia, a la dignidad humana y a vivir libre de violencia.

2. En el caso, se advierten satisfechos los requisitos de legitimación activa y pasiva. Ello, por cuanto la accionante actuó en nombre propio y en defensa de sus derechos fundamentales, y porque la acción se dirigió contra las autoridades públicas que tienen la tarea de definir las medidas de atención y protección de las víctimas de violencia intrafamiliar, así como contra las que deben investigar y promover el juzgamiento del presunto responsable. Debe precisarse que la Fiscalía 35 Local de la ciudad de Cali no tuvo a su cargo el conocimiento de las denuncias formuladas por la accionante. Por lo tanto, carece de legitimación pasiva. El requisito de inmediatez también fue satisfecho, pues se advierte que la accionante, ante la violencia consuetudinaria del cónyuge y la ausencia de asesoría jurídica, ha interpuesto sucesivas denuncias. Respecto del requisito de subsidiariedad, debe verificarse que la accionante no haya dispuesto de otro medio de defensa judicial o que, de haber existido, fuera ineficaz para proteger los derechos fundamentales invocados y evitar un perjuicio irremediable. Si bien el Estado colombiano ha dispuesto una serie de mecanismos a cargo de diferentes autoridades para atender la violencia intrafamiliar y contra la mujer y específicamente la que ocurre en el seno de una familia, no han sido efectivos y han dejado a la accionante en una situación de grave riesgo. La Sala está habilitada para definir si se vulneraron los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, si procede conceder el amparo.

3. La Comisaría de Familia Los Mangos del Distrito de Aguablanca había considerado que la solicitud de desalojo presentada por la accionante era improcedente debido a que las agresiones entre esta y su esposo eran mutuas. Informó que efectivamente indagó a G.A.C. por el estado de su relación y que lo hizo porque su misión es propender a la unidad familiar.

Existe un proceso penal en orden al alcance de las expresiones usadas por la Comisaría de Familia accionada, por lo que la Sala no efectuará consideraciones al respecto. No obstante, la actuación de la comisaría actuó de modo insuficiente y con premisas equivocadas: a) no es cierto que la misión de las comisarías sea exclusivamente propender a la unión familiar o que, en todo caso, la vida sexual de una pareja sea su fundamento. Además, no tuvieron en cuenta que podía tratarse de un caso de violencia de género, lo cual hubiera exigido una perspectiva especial; b) la insuficiente actuación se advierte en la entrevista a las partes y en las medidas adoptadas. La comisaría interpretó que podía abstenerse de adoptar medidas más severas contra el agresor por el hecho de que la vivienda contaba con dos pisos, y que

así las partes no compartían áreas comunes. Tampoco investigó lo suficiente como para establecer con certeza que el riesgo de encuentros era inexistente. Asimismo, pasó por alto la necesidad de determinar la gravedad de las agresiones y el nivel de riesgo a que la víctima pudo estar sometida. Todo ello lleva a concluir que el asunto fue tratado de manera tangencial y formal, y que se soslayó que la accionante participaba de una relación violenta e intolerante, por lo que su condición emocional exigía una perspectiva especial y preventiva.

4. La Fiscalía General ha tenido contacto con la situación expuesta por G.A.C. en varias oportunidades (2008, 2014 y 2017). Al igual que la Comisaría de Familia, dispuso oficiar a las estaciones de policía cercanas al domicilio de la accionante. Sin embargo, en el expediente no obra el resultado de esa medida. Asimismo, dispuso la remisión de la accionante al Instituto de Medicina Legal y que la tarea de aportar la prueba quedara en sus manos.

Se advirtió que el informe no fue allegado por dicha entidad. No obstante, de acuerdo con las actas de derechos y deberes de las víctimas que fueron suscriptas por la accionante, se observa que en la lista de deberes no estaba incluida la recolección ni el aseguramiento de las pruebas. No existe una norma que imponga a las víctimas el deber de formar parte de la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Por tanto, los argumentos según los cuales la víctima debía entregar el resultado de su valoración médico-legal no solo carecen de sustento normativo, sino de lógica procesal, ya que los particulares no pueden ser destinatarios de funciones propias de las autoridades judiciales o investigativas. La Fiscalía se excusó con argumentos insostenibles jurídicamente para eludir la obligación constitucional de investigar las conductas punibles que se pusieron en su conocimiento, por lo que perjudicó la estructura del debido proceso e hizo nugatorio el derecho al acceso a la administración de justicia.

Las fiscalías convocadas manifestaron la imposibilidad de comunicación con la víctima, a quien le enviaron citaciones y llamaron por teléfono. Pero ello no fue demostrado, razón por la cual debe descartarse que dichas comunicaciones hayan sido entregadas personalmente a la accionante. La Fiscalía pasó por alto que la situación denunciada daba cuenta de una relación conyugal violenta e intolerante dentro la vivienda común, por lo que no podía desatender la entrega de las citaciones. La falta de programas metodológicos que incluyeran la ubicación efectiva de la víctima, su entrevista, la verificación de su integridad personal, investigaciones en el vecindario o en el entorno familiar en aras no solo de contactar a la denunciante, sino de acopiar otros elementos con vocación probatoria, sobre todo teniendo en cuenta su obligación de ejercer oficiosamente la investigación y de aplicar la perspectiva especial de género.

Las gestiones de la fiscalía en casos de violencia intrafamiliar o de violencia contra la mujer no se limitan a la investigación y procesamiento de las conductas punibles, sino que también debe asegurar atención y protección, y disponer la concurrencia del resto de actores del sistema de salud y de policía para lograr el restablecimiento provisional de las condiciones de vida de la víctima.

La Sala destacó que el Juzgado 21 Penal del Circuito de Cali decidió el asunto asumiendo como cierta la información ofrecida inicialmente por la fiscalía, sin

la revisión de los documentos que se pusieron a su disposición, y, en tal virtud, afirmó que un juez con función de control de garantías había ordenado medidas de protección a favor de la víctima. Esa información era falsa, pues según el acta, la audiencia no se realizó, dado que la solicitante no asistió ni presentó excusa, y que por eso se dispuso la devolución de las diligencias al Centro de Servicios para que procediera a su archivo. Ello deja en evidencia el desdén con el cual fue asumido el caso y la falta de proactividad de la fiscalía, pues la audiencia ni siquiera fue solicitada por su iniciativa.

5. Se advirtió que ni la Comisaría de Familia ni la Fiscalía General demostraron diligencia a la hora de proteger a la accionante, y limitaron su actuación al simple agotamiento, deficitario por demás, de los procedimientos legales, los cuales no fueron idóneos, suficientes ni eficaces para solucionar una problemática que no solo exigía el cumplimiento de simples formalismos, sino además la atención integral a una víctima que se mostraba reticente y conflictiva.

6. La desidia con la cual las autoridades atienden estos casos contribuye a la revictimización y entorpece los avances normativos diseñados para superar la problemática que deviene de la histórica violencia y desigualdad que se ha ejercido sobre las mujeres.

La Sala no es ajena al impacto que generan en el ánimo del funcionario público las diferentes personalidades de los usuarios, la habitual retractación de las víctimas y la reticencia a comparecer activamente en el proceso. Sin embargo, debe sobreponerse a los obstáculos y apelar a una perspectiva especial a la hora de ofrecer soluciones, sobre todo cuando se trata de mujeres que han sido sometidas a relaciones violentas e intolerantes, lo cual, necesariamente, genera trastornos emocionales.

El funcionario público —administrativo, judicial o policial— debe estar al tanto de las múltiples posibilidades que las leyes le ofrecen para atender y fortalecer a la víctima, de tal manera que se empodere procesalmente y facilite el juzgamiento de las conductas de las cuales ha sido víctima.

Por otro lado, la prueba testimonial no es la única que puede practicarse en un proceso. El desarrollo de una correcta investigación le permite al acusador presentar en un posterior juicio otros elementos que acrediten la existencia de agresiones sin que sea imprescindible la declaración específica de la víctima. Precisamente, en razón de que el testimonio no es el único que tiene la virtualidad de ofrecer una acusación sólida es que en la actualidad el delito de violencia intrafamiliar no es querellable, en tanto que el Estado y la sociedad misma comprenden las múltiples presiones que puede sufrir la víctima de esta conducta, por lo que corresponde a las autoridades avanzar en su protección aun por encima de su ánimo y/o su voluntad.

7. La Policía Nacional había recibido solicitudes de protección a favor de la accionante expedidas por la Comisaría de Familia Los Mangos del Distrito de Aguablanca y la Fiscalía General. Esas solicitudes han sido atendidas a partir de visitas periódicas al domicilio de la accionante y con la entrega de una presentación denominada “Recomendaciones sobre medidas de autoprotección”, la cual no contempla medidas con enfoque de género, ni frente a hechos que pueden ocurrir en el seno de un hogar y ser ejecutados por miembros de la familia, salvo tener “presente

los números telefónicos de los organismos de seguridad del Estado y del CAI más cercano con el fin de solicitar servicio policial o informar cualquier anomalía de manera inmediata y oportuna para acudir a su llamado”. También hay constancia de unas pocas planillas de visitas.

Si bien la Policía Nacional está vinculada a las obligaciones que el Estado debe cumplir frente a sucesos de violencia contra las mujeres, y especialmente los que tienen lugar en el seno de una familia, en este caso ofreció una atención común y poco efectiva. Según la accionante, en la comisaría le sugirieron cambiar de domicilio, de acuerdo con las recomendaciones de las presentaciones señaladas, según las cuales “nadie se protegerá mejor que usted mismo”. Esas recomendaciones reflejan el mínimo empeño de las autoridades por asumir casos como el presente con un enfoque especial y, en consecuencia, evitar la revictimización. Las autoridades accionadas no han aplicado una perspectiva de género, ni medidas de protección inmediatas reguladas en las normas previstas a los fines de erradicar y prevenir la violencia contra la mujer. Tampoco ofrecieron una atención oportuna y adecuada para salvaguardar la integridad física y psicológica de la accionante.

8. Por lo dicho, se concedió el amparo solicitado y se dispuso que: a) toda vez que existe una denuncia formulada por la Comisaría de Familia Los Mangos del Distrito de Aguablanca contra G.A.C. por el delito de calumnia, dicha funcionaria deberá declararse impedida para continuar con el trámite y remitirlo a su superior para que decida sobre el impedimento y lo asigne a otra comisaría; b) la comisaría a la cual se le asigne el conocimiento del trámite realizará las gestiones necesarias para verificar si R.G.M. ha reincidido en conductas violentas contra G.A.C., a fin de continuar, si es el caso, con el trámite administrativo de incumplimiento de las medidas de protección decretadas previamente; c) esta última comisaría deberá convocar a otros profesionales que le permitan determinar las condiciones físicas, emocionales y psicológicas de G.A.C. y además realicen el acompañamiento durante el trámite que deba surtir; d) la Comisaría de Familia respectiva y la Fiscalía 57 Local de Cali deberán realizar los trámites pertinentes para que se materialicen las medidas de protección contempladas en las Leyes 294/1996 y 1257/2008 que de mejor manera se adapten a la situación de G.A.C., para lo cual deberán contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, Regional Valle del Cauca, Delegada de las Mujeres y Asuntos de Género; e) dado que la accionante intervino durante el trámite a través de la Defensoría del Pueblo, Regional Valle del Cauca, Delegada de las Mujeres y Asuntos de Género, se requirió a esta dependencia que ofrezca asesoría jurídica idónea que le permita a la accionante solucionar de manera definitiva los conflictos económicos que existen con R.G.M.; f) se exhortará a G.A.C. para que asista a todas las consultas de psicología que programe su EPS y asuma una actitud colaboradora con la gestión de la Fiscalía y la Comisaría que tramitan sus denuncias; g) se exhortó a la Policía Nacional, Policía Metropolitana de Cali y a Coomeva EPS a que atiendan de manera inmediata los requerimientos que en cumplimiento de las órdenes emitidas en este fallo les hagan tanto la Comisaría de Familia como la Fiscalía 57 de Cali; h) mientras la Comisaría de Familia y/o un juez con función de control de garantías imponga una medida de protección a favor de G.A.C., se dispondrá que el uso de la vivienda familiar le corresponda a ella de manera exclusiva.

Para hacer efectiva esta medida, la Comisaría de Familia y la Fiscalía General, con el apoyo de la Policía Nacional, dispondrán las gestiones que sean de su competencia.

9. Finalmente, la Estación de Policía Sol de Oriente —Unidad de Reacción Inmediata Los Mangos— rehusó recibir los documentos a través de los cuales se le notificaba el auto del 28 de febrero de 2018. La misma suerte tuvieron el oficio a través del cual se notificó el auto del 21 de marzo de 2018 a la citada estación de policía y el oficio con el cual se notificó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses —Unidad Básica Aguablanca— del auto del 4 de mayo de 2018.

La reticencia de las entidades no se ajusta a los deberes establecidos en el art. 7 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, además de incumplir las prohibiciones contenidas en el art. 9, de las cuales se destacan negarse a recibir las peticiones o a expedir constancias sobre ellas.

En ese orden de ideas, se dispuso comunicar la presente decisión al Comandante de Policía Metropolitana de Santiago de Cali para que investigue a los funcionarios de policía que se hallaban en la Estación de Policía Sol de Oriente de la ciudad de Cali los días 6 y 25 de abril de 2018, que se rehusaron a recibir las mencionadas comunicaciones.

También se dispuso comunicar este fallo al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Suroccidente, Seccional Valle para que investigue a los funcionarios que se hallaban en la Unidad Básica de Aguablanca el 9 de mayo de 2018, que se rehusaron a recibir la mencionada comunicación.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por G.A.C. contra las Fiscalías 35, 38 y 57 Locales —Cavif— de la ciudad de Cali, sentencia T-311/18 del 30-7-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-311-18.htm>.



Derecho a una vida libre de violencia. Violencia de género. Violencia intrafamiliar. Protección especial a mujeres víctimas de violencia. Derecho al debido proceso. Acción de tutela contra decisiones judiciales. Indebida valoración de la prueba. Perspectiva de género en las resoluciones judiciales. (Colombia).

Antecedentes del caso: el 20 de junio de 2017, N.A.R.S. inició una acción de protección por violencia intrafamiliar, en la Comisaría XX de Familia - Suba XX (Bogotá), contra W.E.G.D., su compañero permanente, por actos de violencia física y psicológica cometidos contra ella y la hija de nueve años que tenían en común. Señaló que, unos días antes, él había llegado a la casa que compartían, la había insultado y le había pegado, por lo que ella se fue y pasó la noche en la calle. Al día siguiente, le pidió que regresara y, cuando lo hizo, volvió a agredirla, por lo que intervino la niña.

La accionante indicó que, cuando inició la acción, se había mudado con su madre. Manifestó que su ex pareja era celoso, posesivo y controlador. La había amenazado con suicidarse si no volvía a su lado, de lo que sería la única responsable.

La comisaría le ordenó al demandado abstenerse de ejercer cualquier conducta que implicara violencia física, verbal o psicológica, escándalo o amenaza contra la accionante. Asimismo, le ofreció a la interesada la posibilidad de hospedarse en una casa refugio para mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, pero ella lo rechazó, pues contaba con el apoyo de su mamá y su hermana, a quienes consideraba aptas para protegerla de su compañero.

Por su parte, ese mismo día, el demandado inició una acción contra la accionante. Argumentó que ella era quien lo había agredido. También afirmó que había intentado arrojarlo al río, pero que un señor lo detuvo. Añadió que necesitaba ayuda psicológica, porque estaba cansado de pelear, y que deseaba arreglar la situación.

La comisaría acumuló ambas denuncias y dictó una medida de protección definitiva a favor de los padres y la niña. En particular, señaló que las dos partes confesaron haber cometido actos de violencia contra el otro y utilizar el castigo físico como pauta correctiva a la menor de edad. Por ello, se les prohibió repetir los hechos o cualquier conducta de amenaza u ofensa, hostigamiento, agresión verbal o física, intimidación, agravio u otro comportamiento que pudiera constituir violencia intrafamiliar. Adicionalmente, dispuso que las autoridades de policía les brindaran protección a ambas partes con el fin de evitar futuros hechos de violencia. Además, les ordenó realizar un proceso terapéutico y reeducativo, que incluyera a su hija, en una institución. Finalmente, emitió una medida de protección a favor de la niña, por lo que les prohibió ejercer cualquier acto de violencia frente a ella, y usar ese tipo de métodos como pauta de corrección y crianza.

Poco después, el colegio al que asistía la menor informó a la comisaría que la abuela materna de la niña se había presentado con el pedido de que no la entregara a su padre a la hora de la salida. El padre había solicitado que no saliera con la abuela materna. Cada uno de ellos tironeó de los brazos de la niña, y tuvieron que intervenir los docentes. El colegio solicitó que se valorara lo ocurrido para garantizar el restablecimiento de los derechos de la menor. La comisaría inició de oficio el primer incidente de desacato el 30 de agosto de 2017. Días después, instruyó un segundo incidente de desacato —esta vez debido a un episodio de amenazas contra la integridad personal y la vida de la accionante luego de la medida de protección impuesta a su favor—. Además, N.A.R.S. aceptó irse de lo de su madre a una casa refugio con su hija. Posteriormente, la comisaría declaró el incumplimiento de la medida de protección por parte del demandado, le impuso una multa (ya que se había demostrado que era quien generaba los actos de violencia en el seno familiar y quien involucraba a la niña en los conflictos entre sus padres), dispuso que continuara con la terapia y le comunicó la vigencia de las medidas de protección.

El Juzgado XX de Familia del Circuito de Bogotá (FCB), que intervino en grado de consulta, confirmó la decisión de la comisaría, pero, además, declaró el incumplimiento de la medida de protección a favor de la menor por parte de la

accionante. La niña manifestó a la psicóloga del colegio que, mientras estaba con su padre en la casa, su madre llegó a buscarla e intentó entrar por la fuerza, por lo que un tío salió con un machete y llamaron a la policía. Por lo tanto, el magistrado le impuso a la interesada la misma multa que al padre y ordenó a la comisaría iniciar las actuaciones para restablecer los derechos de la menor.

Entonces, N.A.R.S. interpuso una acción de tutela contra el juzgado. Consideró que se había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso cuando se la sancionó con la misma multa que a su ex compañero por incumplir la medida de protección a favor de su hija. Sostuvo que no se habían valorado la totalidad de las pruebas del expediente —que demostraban diferentes actos de agresión en contra de ella y de su hija—, ni se consideró el hecho de que no tiene trabajo porque debe vivir escondida a causa de las amenazas y actos de violencia de género. Actualmente, tiene la custodia de su hija.

La Sala ABC del Tribunal Superior del Distrito Judicial de XYZ, en única instancia, denegó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la vida de la accionante. Señaló que todas las entidades que intervinieron actuaron dentro de los parámetros establecidos por la ley, en tanto que, de los hechos expuestos, se evidencian las razones del juzgado para declarar probado el incumplimiento de la medida de protección por parte de la interesada. Además, resaltó que N.A.R.S. tuvo la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y a pronunciarse sobre los hechos de violencia de los que fue acusada, sin embargo, no se manifestó al respecto durante el proceso. Finalmente, le advirtió que, si consideraba que su integridad o sus derechos fueron vulnerados o amenazados por el comportamiento de su ex compañero, contaba con los mecanismos previstos por la ley.

La Sala de Selección de tutelas de la Corte Constitucional escogió el caso para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó el fallo de la Sala ABC del Tribunal Superior del Distrito Judicial de XYZ, que había rechazado las pretensiones de la accionante.

La Corte tuteló los derechos fundamentales al debido proceso de la accionante y su derecho y el de su hija a vivir libres de violencia. En consecuencia, dejó sin efecto la sentencia dictada por el Juzgado XX de FCB en grado de consulta dentro del incidente de desacato de medida de protección promovido contra su ex pareja, únicamente en lo relacionado con la declaratoria de incumplimiento de la peticionaria a la medida de protección a favor de la menor y la multa impuesta. En su lugar, ordenó dictar un nuevo fallo según las consideraciones de esta providencia. Dispuso que la Defensoría de Familia adscrita al Juzgado XX de FCB acompañara a la interesada en las gestiones correspondientes para reclamar el valor de la sanción que ya había pagado.

La Corte ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que exigiera la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia a las capacitaciones sobre género que ofrece la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial. Esa iniciativa busca fortalecer la creación de nuevos

marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos discriminatorios.

La Corte solicitó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura difundir la sentencia a todos los despachos judiciales de Colombia, para que, en adelante, apliquen un enfoque diferencial de género al momento de decidir.

1. La accionante presentó una acción de tutela contra el Juzgado XX de FCB por considerar que había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, cuando estableció que ella había incumplido la medida de protección a favor de su hija y la sancionó con la misma multa que a su compañero.

La Sala ABC del Tribunal Superior del Distrito Judicial de XYZ denegó las pretensiones de la accionante y consideró que el fallo no había vulnerado sus derechos fundamentales, ya que la peticionaria pudo ejercer su derecho de defensa y controvertir las pruebas por las que se declaró el incumplimiento de la medida de protección a favor de su hija y se le impuso la sanción.

2. En primer lugar, la Corte debió determinar si concurrían los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales —cuya finalidad es verificar el cumplimiento, garantía y eficacia de los derechos fundamentales— para controvertir la sentencia mediante la cual el Juzgado XX de FCB sancionó a la accionante por considerar que incumplió la medida de protección a favor de su hija.

En segundo lugar, analizó si, en caso de ser procedente, el juzgado había vulnerado el derecho fundamental de la accionante al debido proceso, por incurrir en un defecto fáctico y en la violación directa de la Constitución a causa de una indebida valoración de las pruebas dentro del proceso.

3. El juzgado accionado ha incurrido en el defecto de “ausencia de valoración” al omitir o ignorar la valoración o el decreto de una prueba determinante. En ese sentido, no ha valorado en su integridad diversas pruebas, como los formatos de identificación de riesgos en ambos casos, el informe del colegio que indicó que el padre había hecho partícipe a la niña de cuestiones de pareja, la solicitud de incidente de desacato presentado por la accionante, su aceptación a trasladarse a una casa refugio, los datos del informe del área psicológica de la comisaría sobre la entrevista a la menor y las amenazas y descargos del padre.

Todos esos comportamientos están descritos en diferentes instrumentos internacionales y en la normativa colombiana como indicadores de violencia física y psicológica contra las mujeres, lo cual no fue considerado por los jueces que conocieron del trámite ordinario y la tutela.

4. La Corte pudo identificar que la accionante y su hija fueron víctimas de hechos objetivos de violencia. Vivían en un contexto familiar conflictivo debido a los celos compulsivos del hombre, por lo que tuvieron que abandonar su hogar. A pesar de la separación, él la había acosado para que regresara y muchas veces exponía los conflictos ante la niña. La mujer fue herida por su ex pareja en varias ocasiones y, actualmente, vive en un estado de angustia, estrés y miedo constante por las amenazas que sufrió. Por todo eso, decidió abandonar la casa de su madre, donde en principio se sentía segura, para irse a una casa refugio para mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

5. A la luz de las pruebas colectadas, la Corte cuestionó al juzgado demandado por no haberlas tenido en cuenta como indicios de violencia física y psicológica contra la mujer y su hija y, conforme a ello, no analizar si la accionante había incumplido la medida de protección contra la menor, o si sus acciones habían constituido una reacción a los actos de acoso y violencia que sufrió.

El juzgado no solo declaró el incumplimiento por parte de la peticionaria, sino que le impuso exactamente la misma sanción que a su agresor, con lo que contribuyó a invisibilizar la violencia contra las mujeres e ignoró la obligación de adoptar una perspectiva de género. No analizó la proporcionalidad y la razonabilidad al imponer la sanción y equiparar las dos conductas.

En efecto, pese a tener a su disposición las pruebas mencionadas, el juzgado demandado declaró el incumplimiento de la medida de protección por parte de la accionante a favor de su hija, exclusivamente con base en el incidente narrado por la niña a la psicóloga del colegio. Contra lo esperado por parte de la administración de justicia, y particularmente de un juez de familia, omitió la valoración de las pruebas que demuestran los actos de violencia contra la mujer y la niña. Es importante recordar que tanto el Comité de Naciones Unidas para la verificación de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), como la Corte, han precisado que en ningún caso los derechos de un agresor pueden ser ponderados judicialmente con mayor peso que los derechos humanos de las víctimas de cualquier tipo de violencia, como en este caso.

Es evidente la desproporción de la sanción impuesta por el juzgado demandado, que ignoró su obligación de tener perspectiva de género y valorar todas las cargas que soportó la accionante por los actos de violencia física y psicológica cometidos por su ex pareja. En efecto, no tuvo en cuenta que ella debió irse de su hogar dos veces, primero para vivir con su madre, y luego para esconderse en una casa refugio. Además, no le dio ningún peso probatorio al hecho de que su agresor la acosara todo el tiempo al punto de amenazarla con arrojarle ácido, hierla con un arma cortopunzante e incluso quitarle la vida si no volvía con él. Tampoco consideró el hecho de que no pueda conseguir ningún trabajo porque debe esconderse de su antiguo compañero. Finalmente, ignoró todas las pruebas en las que se indicaba que era el hombre quien involucraba a la niña en los problemas de los padres.

Se desconocieron los mandatos de los arts. 42, 43 y 44 de la Constitución, en torno al necesario reproche que debe tener toda forma de violencia intrafamiliar, y a la obligación de garantizar el desarrollo armónico e integral de los hijos en el hogar. También se ignoraron las obligaciones que el Estado colombiano adquirió a nivel internacional, en especial, las que buscan la eliminación progresiva de los estereotipos discriminatorios.

Además, la Corte recordó que la violencia psicológica y doméstica que ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta, si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca aislar a la víctima y ocultar los hechos. Por tanto, es claro que las víctimas de esas agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. Desde una perspectiva de género, es

necesario que los operadores de justicia flexibilicen esas formas de prueba cuando se evidencian actos violentos dentro del hogar.

Por lo anterior, en este caso, era necesario que el juez valorara integralmente todos los indicios de violencia, que, tal y como identificó la comisaría, fueron originados por el demandado.

6. Asimismo, no se aplicó el numeral 2.º del art. 13 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad sobre el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, ya que ciertas afirmaciones en las sentencias de dos autoridades judiciales especializadas en derecho de familia invisibilizan la situación de una mujer que es víctima de violencia física y psicológica dentro de su entorno privado. Esas afirmaciones contribuyen a normalizar el conflicto que deben soportar los miembros de la familia —pues lo consideran trivial y cotidiano—, y construyen una mirada estereotipada de las cuestiones de género, que no pueden ser ignorados en las esferas judiciales. Esos argumentos suponen que la mujer debe soportar las peleas y los maltratos, así sean mutuos, lo cual es inconstitucional e indigno.

El Juzgado XX de FCB incurrió en defectos fácticos y violación directa de la Constitución al emitir la sentencia en grado de consulta dentro del incidente de incumplimiento de medida de protección, bajo argumentos que contribuyeron a perpetuar la violencia y la discriminación contra la mujer y a invisibilizar la violencia doméstica y psicológica.

Por el contrario, la Corte destacó la labor de la comisaría, ya que, durante todo el proceso de medida de protección, valoró los indicios de violencia de género.

7. Por lo expuesto, la Corte revocó el fallo de la Sala ABC del Tribunal Superior del Distrito Judicial de XYZ, que denegó el amparo solicitado por la accionante. Se tutelarán sus derechos fundamentales al debido proceso y a vivir libre de violencia.

En consecuencia, la Corte dejó sin efecto la sentencia dictada por el Juzgado XX de FCB en grado de consulta dentro del incidente de desacato de medida de protección promovido contra el demandado, únicamente en lo relacionado con la declaratoria de incumplimiento de la medida de protección a favor de la menor y de la multa por parte de la accionante. En su lugar, ordenó dictar un nuevo fallo conforme las consideraciones expuestas.

8. Por otra parte, es preciso recordar que, si el juez de tutela encuentra afectados o amenazados derechos que no han sido invocados, solo puede, sino que debe referirse a ellos en su sentencia para decidir lo pertinente, e impartir las órdenes necesarias para su cabal y plena defensa. En efecto, el juez tiene a su cargo un papel activo e independiente, que implica la búsqueda de la verdad y la protección eficaz de los derechos fundamentales afectados.

En este caso, a pesar de que la tutela no se interpuso para proteger los derechos de la menor, las pruebas colectadas demostraron que ella también es víctima de hechos de violencia originados por su padre. Por ello, también se tuteló su derecho fundamental a vivir libre de violencia.

9. La comisaría informó que la accionante pagó la multa. Como el valor de las multas impuestas por los comisarios de familia se destina al municipio, se

ordenó a la Defensoría de Familia vinculada al Juzgado XX de FCB que acompañe a la interesada en las gestiones para reclamar ante la autoridad correspondiente el importe de la sanción abonada.

10. A pesar de que la sentencia T-967/2014 instó al Consejo Superior de la Judicatura a promover capacitaciones sobre perspectiva de género para la jurisdicción de familia, las cifras de casos de violencia contra la mujer continúan siendo altas. Por eso, la Corte ordenó al organismo que exigiera la asistencia obligatoria de todos los jueces de familia del país a las capacitaciones sobre género que ofrecen la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial. Esta decisión busca fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios.

Asimismo, la Corte solicitó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura difundir esta sentencia a todos los despachos judiciales de la Nación, para que apliquen un enfoque diferencial de género al momento de decidir cualquier asunto a su cargo. De esa manera, el Estado colombiano podrá avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por N. A. R. S. contra el Juzgado XX de Familia del Circuito de Bogotá, sentencia T-338/18 del 22-8-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>.



Derecho al buen nombre. Derecho a la honra. Redes sociales. Publicación de videos en portales de Facebook y YouTube. Libertad de expresión, opinión e información. Derecho a la intimidad personal y familiar. Derecho a la rectificación de información. Solicitud previa como requisito de procedencia de la acción de tutela. (Colombia).

Antecedentes del caso:

1. Expediente T-6.510.527

MGO trabajaba como auxiliar de enfermería en el Hospital P.T.U. de Medellín. En julio de 2017 se enteró de la existencia de un video, subido a YouTube, en el que supuestamente se la mostraba usando Facebook en horario laboral. En el video, filmado en la clínica, aparece una persona uniformada que M.G.O. dijo no ser.

M.G.O. se contactó con el administrador del sitio web y solicitó que eliminara o editara el video y que estableciera la identidad del autor. No obstante, el equipo de soporte técnico le informó que no era posible acceder a su solicitud, debido a que la

publicación del video no evidenciaba ningún tipo de inconveniente. Intentó también contactar al autor del video para que eliminara la publicación de YouTube, pero se trataba de un perfil falso.

M.G.O. interpuso una acción de tutela contra Google Inc., con intervención del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello en única instancia, que denegó la acción por improcedente. Indicó que la accionante contaba con otra vía como la de acudir a la justicia ordinaria, y que las pruebas que constaban en el expediente no daban cuenta de un perjuicio irremediable. Agregó que en el video se hacía referencia a las enfermeras, de forma genérica, no a la accionante en particular, y que de su contenido no se derivaba conducta alguna que tuviera la entidad suficiente para configurar el delito de injuria o calumnia. M.G.O. no impugnó la decisión.

2. Expediente T-6.519.920

M.R.A.V. trabajaba en la Clínica F.O.V. del Municipio de Popayán como asistente quirúrgica. Parte de su función consistía en brindar explicaciones a los pacientes antes de que fueran atendidos por el médico. M.R.A.V. trabajaba como subordinada de su marido, R.N.R., médico de la misma clínica.

Una paciente que debía ser intervenida quirúrgicamente por R.N.R. fue acompañada por otra persona, J.P.M.B. La acompañante se comportó de modo grosero, atrevido y agresivo, y le informaron que debía permanecer en la sala de espera. Entonces, J.P.M.B. grabó un video, que luego subió a su Facebook, en el que manifestaba haberse sentido discriminada por parte de M.R.A.V. debido a su prótesis en la pierna.

M.R.A.V., ya como accionante, señaló que el video había sido visto por más de seis mil personas, y que había dado lugar a comentarios agraviantes y groseros en su contra. Interpuso una acción de tutela contra J.P.M.B., en la que intervino el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Popayán en instancia única, que tuteló los derechos fundamentales de la accionante a la intimidad personal y familiar, a la honra y al buen nombre. Adicionalmente, amparó el derecho al buen nombre de R.N.R. y de la Clínica F.O.V., y ordenó a J.P.M.B. publicar en el muro de su perfil de Facebook la disculpa correspondiente dirigida a la señora M.R.A.V. y a los demás afectados. En su sentencia, el juez de tutela consideró que el video ya había sido eliminado de Facebook, que J.P.M.B. había expuesto a la accionante a una valoración negativa que había afectado su entorno familiar, que la había expuesto a un riesgo, y que conocía el procedimiento para elevar un reclamo por los presuntos malos tratos recibidos. Por esta razón, el juez *a quo* consideró que la denuncia pública de la acompañante no debería haberse realizado por medio de una red social. La decisión no fue impugnada.

3. Ambos expedientes fueron acumulados y escogidos para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello en el expediente T-6.510.527, respecto de la acción de tutela que promovió M.G.O. contra la sociedad Google. En su lugar, denegó la acción de tutela.

Modificó lo decidido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Popayán en el expediente T-6.519.920, respecto de la acción de tutela promovida por M.R.A.V. contra J.P.M.B. Tuteló el derecho fundamental al buen nombre de M.R.A.V. y, en consecuencia, ordenó a J.P.M.B. que retirara la publicación y, a su vez, que publicara en el muro de su Facebook un video “tendiente a la rectificación y la garantía de los derechos fundamentales afectados”.

1. Los expedientes seleccionados y acumulados plantean un aspecto en común, esto es, la presunta vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad personal y familiar y a la honra, como consecuencia de la publicación de videos en Facebook y YouTube, en los cuales, según se indicó en las demandas de tutela, se refieren a hechos que, al parecer, no corresponden con la realidad.

Como medida de protección de la intimidad de los involucrados, se estudiaron posibles inconsistencias en la divulgación de información. De todas formas, cada uno de los expedientes presentaba antecedentes propios que la Corte abordó de manera separada.

2. La Sala debió establecer si la acción de tutela era procedente, en ambos casos, en cuanto a los requisitos de legitimación, inmediatez, subsidiariedad, como protección de los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra, y si lo era también la solicitud de rectificación previa (problema jurídico de procedibilidad).

De serlo, en el caso de M.G.O., la Sala debía determinar si la negativa de Google de eliminar de sus servidores el video implicaba la trasgresión de los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra de la accionante.

En el caso de M.R.A.V., la Corte debió determinar si la decisión de J.P.M.B. de divulgar en su cuenta personal de Facebook un video en el que daba cuenta de comportamientos presuntamente discriminatorios por parte de M.R.A.V. trasgredía los derechos fundamentales al buen nombre y a la intimidad (problema jurídico sustancial).

3. Son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa, un ejercicio oportuno y un ejercicio subsidiario. Además, en aquellos casos en que se pretende la protección de los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra, también debe acreditarse la solicitud de rectificación previa. Todas estas exigencias se acreditaron en los expedientes acumulados.

4. Al acreditarse los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, resultó procedente el estudio del problema jurídico sustancial del caso.

Las reglas de decisión utilizadas por la Sala para resolver los problemas jurídicos sustanciales fueron las siguientes: en las circunstancias demostradas en el caso T-6.510.527, de la garantía de los derechos al buen nombre y a la honra no se derivó que la parte accionada debiera adoptar la política de retirar los contenidos que pudieran atentar contra estos derechos, y, en las circunstancias del proceso T-6.519.920, se vulneró el derecho al buen nombre cuando se publicó información deshonrosa, carente de veracidad, que no fue debidamente corroborada por su emisor y que no pudo verificarse probatoriamente ante el juez de tutela.

A los efectos de fundamentar la decisión, de manera previa al análisis de las circunstancias fácticas de cada uno de los expedientes, la Corte sostuvo las siguientes premisas:

a) Libertad de expresión, de opinión y de información: el art. 20 CP los reconoce como derechos fundamentales. Del mismo modo, prevé el derecho a la rectificación en condiciones de equidad y la prohibición de censura previa.

Las libertades de expresión, de opinión y de información se consideran indispensables para el desarrollo de cualquier sociedad. Tienen una vinculación directa con las posibilidades de autorrealización y dignificación individuales, por ello se les ha reconocido una protección especial.

La libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que existen límites en función de proteger el interés de terceros o de la comunidad.

El derecho a la información es un derecho complejo, que comprende cuatro ámbitos o dimensiones de protección: el acceso a la información en poder del Estado o de particulares que presten funciones públicas; el derecho a informar, comunicar, difundir, emitir o transmitir información, frente al cual no procede la censura; el derecho a ser informado o a recibir información veraz e imparcial, y el derecho a informarse por sí mismo, esto es la libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole. Siempre que en la emisión o publicación de información se desconozcan los límites de veracidad e imparcialidad, procede la rectificación en condiciones de equidad.

La libertad de opinión ampara la garantía de expresar y comunicar asuntos del fuero personal interno. A veces, las opiniones se sustentan en hechos a partir de los cuales se emite un juicio personal. En estos casos, se admite que el afectado solicite la rectificación de los dichos.

Respecto de la libertad de expresión, en el contexto de las nuevas tecnologías de la información, dentro de las cuales sobresalen las redes sociales por su uso masivo y cotidiano, se ha resaltado su función de potencializar el derecho a la libertad de expresión, pues permiten que la información circule desprovista de barreras físicas o sociales, pero también la rapidez y amplitud que conllevan suponen mayores riesgos respecto de los derechos de terceros al buen nombre y a la honra. El uso de las nuevas tecnologías de información modifica el contexto en el que se utiliza y percibe la información en lo que respecta a los emisores, los canales por medio de los cuales se hace la difusión, la disponibilidad de la información que se publica, la masificación de los receptores de la información y la función que cumple, dado que permiten ejercer una suerte de control social con una pretensión de sanción moral. En suma, con independencia del medio, lo cierto es que no todo lo que allí se expresa puede considerarse legítimo. De hecho, en razón de la masificación y el alto tráfico de la información, las limitaciones resultan más exigentes, por el riesgo mayor sobre la garantía plena de los derechos fundamentales de los terceros.

b) Derecho al buen nombre y a la honra: el art. 15 CP reconoce el derecho que tiene toda persona a su buen nombre, y obliga al Estado a respetarlo y hacerlo respetar. Este derecho se protege mediante diversos institutos legales,

y la rectificación también es un mecanismo idóneo para la tutela efectiva del derecho fundamental al buen nombre. El derecho al buen nombre corresponde a la reputación o la imagen que de una persona tienen los demás miembros de la comunidad, y constituye el derecho a que no se presenten expresiones ofensivas, oprobiosas, denigrantes, falsas o tendenciosas que generen detrimento de su buen crédito o la pérdida del respeto de su imagen personal. Además, guarda una relación de interdependencia con el derecho a la honra, de allí que la vulneración de uno implica la trasgresión del otro.

El derecho a la honra (art. 21 CP) involucra tanto la consideración de la persona en su valor propio, como la de las conductas más íntimas, distintas a aquellas cubiertas por la intimidad personal y familiar.

El buen nombre está vinculado con la vida pública de la persona y con la valoración que de ella hace el grupo social, mientras que la honra se relaciona con la vida privada, de ahí que remita a la noción de dignidad humana.

Ambos derechos son consecuencia de acciones individuales. Sin embargo, se proyectan en esferas diferentes: el primero, en la personal, y el segundo, en la social. Por tanto, las hipótesis de afectación de uno y otro también son diferentes. Mientras el derecho a la honra se afecta por la información errónea o tendenciosa respecto de la persona en su conducta privada, el derecho al buen nombre se vulnera por la emisión de información falsa, errónea o incompleta que genera distorsión del concepto público que de una persona puede tener el grupo social. En este último supuesto se trata de la distorsión del concepto público de la persona, que compromete el derecho fundamental y no la información considerada en sí misma.

c) Deber de retracto: la Corte ha desarrollado subreglas relativas a la solicitud de rectificación. En general, quien cuestiona la veracidad o imparcialidad de la información tiene el deber de demostrar la falsedad o parcialidad. Se exonera del cumplimiento de este deber cuando se trate de hechos notorios, afirmaciones o negaciones indefinidas, caso en el que la carga de la prueba se traslada al emisor del mensaje. La exoneración de la carga de la prueba en relación con afirmaciones o negaciones indefinidas debe aplicarse con especial cautela, habida cuenta de las limitaciones que puede generar en relación con las libertades de expresión, opinión o información. Por tanto, quien solicita la rectificación de una información u opinión, expresión o difusión del pensamiento, tiene el deber de demostrar que lo afirmado no es cierto o que la manera como se presentó fue falsa o parcializada. Esta solicitud no puede estar fundamentada, entonces, en afirmaciones o negaciones indefinidas, pues ello implicaría “desdibujar la figura de la rectificación” y la imposición de una “autocensura a los medios de comunicación”. También se acude a la prueba de la verdad como eximente de responsabilidad (*exceptio veritatis*), con la particularidad de que no se trata de una figura exclusiva del proceso penal y que, ante la supuesta trasgresión de los derechos a la honra o al buen nombre, la prueba de la veracidad de las afirmaciones constituye un medio idóneo para liberar de responsabilidad a quien ha emitido la información, siempre que se demuestre la diligencia suficiente para constatar las fuentes consultadas.

5. Expediente T-6.510.527

M.G.O. no está en lo cierto al afirmar que Google vulneró sus derechos fundamentales al buen nombre y a la honra. Tampoco, cuando sugiere que su derecho al debido proceso se desconoció como consecuencia de la respuesta recibida por parte del personal de YouTube, frente a la petición de eliminar el video de sus servidores. M.G.O. no pudo establecer la identidad del autor del video objeto de controversia, pese a que intentó hacerlo comunicándose con el área de soporte técnico de YouTube. Así, la violación de los derechos alegada se imputa a la negativa de eliminar el video objeto de tutela y no a la publicación del video por parte del autor, cuya identificación no pudo ser establecida. Del contenido del video no es posible establecer una violación de los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra de la tutelante. Ello es así, pues no surge del video que se hubiese hecho alusión específicamente a M.G.O., y, además, corresponde con la realidad de los hechos (una enfermera consultaba una red social presuntamente, en horario laboral, cerca de los pacientes que aguardaban en la sala de espera). La actora no puede pretender imputar la violación de sus derechos al medio que sirvió para hacer público su comportamiento, que ocurrió en un sitio catalogado como semiprivado (la sala de espera) y, por tanto, no amparado por la reserva a la intimidad. Además, no corresponde al juez de tutela juzgar la conducta de la actora ni expedirse al respecto, ya que su actividad debe restringirse a verificar la concordancia entre el hecho o la información divulgada y su veracidad.

En segundo lugar, ni Google ni YouTube tienen el deber de eliminar la publicación de sus servidores ni de restringir su acceso al público. El servicio que prestan consiste en permitir a terceros crear y compartir contenidos con otros usuarios. Dentro de las condiciones del servicio que ofrece YouTube se encuentran los “lineamientos de la comunidad” (que prohíben la publicación, por ejemplo, de imágenes de contenido sexual, de contenidos perjudiciales, peligrosos, prohibidos, de incitación al odio, de acoso o *bullying*, etc.), cuyo desconocimiento permite al juez ordenar que una publicación sea eliminada de la plataforma. Esos lineamientos no contienen una prohibición expresa de publicar contenidos que atenten contra el buen nombre o la honra de terceros. Esa omisión tampoco desconoce la CP pues, si lo prohibiera, atentaría contra las libertades fundamentales de expresión, de opinión y de información, configuraría una censura previa e implicaría la imposición de deberes de imposible cumplimiento. Una medida de censura solo podría avalarse para la protección moral de la infancia y la adolescencia, o como producto de una decisión judicial, luego de un juicio sobre la presunta vulneración de los derechos de los terceros, incluidos el buen nombre y la honra. No resulta procedente, entonces, permitir a los particulares ejercer censura sobre los contenidos que circulan en internet. Primero, por el carácter previo de la censura; segundo, porque genera un riesgo para las libertades y derechos señalados, y tercero, por la subjetividad que implican los juicios de valor, especialmente para establecer si un contenido afecta *prima facie* los derechos fundamentales al buen nombre o la honra, en consideración de la relatividad con la que se puede definir lo bueno y lo malo. Por lo demás, imponerle a la accionada el deber de incluir en los lineamientos el de no publicar videos que atenten contra el buen nombre y la honra, así como la

correlativa obligación de eliminarlos de sus servidores, sin que medie una decisión judicial para ello, además de dar lugar a la problemática antes señalada, conduce a imponerle una obligación de muy poca probabilidad de cumplimiento, debido a que la información que circula carece de rigor probatorio y a que el creciente volumen de usuarios dificulta ejercer un control previo sobre los contenidos que se pretenden publicar.

En conclusión, la sociedad demandada no vulneró los derechos alegados por M.G.O. al negarse a eliminar de sus servidores el video objeto de reproche. El contenido no compromete el buen nombre o la honra de la actora y, en todo caso, resulta improcedente imponer a la sociedad la obligación de verificar previamente si los contenidos publicados en la plataforma afectan los derechos al buen nombre o la honra de los ciudadanos. Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocó la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de tutela.

6. Expediente T-6.519.920

M.R.A.V. está en lo cierto al afirmar que J.P.M.B. vulneró su derecho fundamental al buen nombre, y también al exigir que se retracte de sus afirmaciones. Sin embargo, no tiene razón cuando alega la violación de su derecho a la honra.

El deber de probar los hechos que se alegan es una carga procesal que toda persona que acude a la administración de justicia tiene en mente. En lo que respecta a la solicitud de rectificación —que se fundamenta en la presunta vulneración de los derechos al buen nombre y a la honra—, quien cuestiona la veracidad o imparcialidad de la información tiene el deber de demostrar su falsedad o parcialidad, salvo que se trate de hechos notorios, afirmaciones o negaciones indefinidas, en cuyo caso la carga de la prueba se traslada al “emisor”. Aunque J.P.M.B. hubiera tenido derecho de ingresar a la consulta con la paciente, lo cierto es que su denuncia no encuentra justificación, pues nada tiene que ver su condición de discapacidad, además de haberse fundamentado en hechos carentes de prueba. Por lo tanto, los hechos referidos en el video publicado por J.P.M.B. carecen de fundamento y, dado que se refieren a conductas descalificativas en perjuicio de la actora, se estimó acreditada la vulneración del derecho fundamental al buen nombre de M.R.A.V. Dicha garantía se vulnera por la emisión de información falsa que distorsiona el concepto público de alguien respecto de la sociedad, en este caso, la comunidad de Facebook, con un video reproducido en más de seis mil ocasiones.

No puede decirse sobre el derecho a la honra, pues el video publicado no da cuenta de información errónea o tendenciosa respecto de la conducta privada de M.R.A.V. Los hechos que se le imputan no son privados, pues ocurrieron en un lugar abierto a la comunidad y porque las conductas obedecen al cumplimiento de sus funciones laborales. Tales consideraciones, además, sirven para descartar la violación del derecho a la intimidad familiar o personal de M.R.A.V.

Al verificarse la vulneración del derecho al buen nombre de M.R.A.V., la Sala debió determinar si resultaba procedente ordenar la retractación solicitada por la parte actora y, de ser necesaria, en qué condiciones debería llevarse a cabo.

Cuando, a través de dichos carentes de veracidad e imparcialidad, se violan los derechos al buen nombre y a la honra, surge el derecho a la rectificación, que se sustenta en el abuso de las libertades de expresión, de opinión y de información. Constituye una garantía para resarcir o paliar la posible afectación de derechos fundamentales, ante la percepción equivocada que el colectivo social puede hacerse de alguien a partir de la circulación de información carente de veracidad y sustento. La retractación debe cumplir dos condiciones: que la rectificación o aclaración tenga un despliegue informativo equivalente que los dichos iniciales, y que se reconozca expresamente la equivocación, es decir, que se incurrió en un error o en una falsedad. Estas reglas, adaptadas al escenario de las redes sociales, tienen un alcance diferente, porque se debe incluir la obligación de acudir a la misma red social y al mismo tipo de publicación, y por la libertad con la que los usuarios disponen del contenido de sus cuentas y de la información que dan a conocer masivamente en ellas. Una rectificación debe hacerse en condiciones de equidad por parte de quien hizo la publicación dañosa, que debe asumir la carga de comunicar que la información no era veraz y, sobre todo, que con ella se vulneraron derechos fundamentales de terceros.

Dada la vulneración del derecho al buen nombre de M.R.A.V., J.P.M.B. tiene el deber de rectificar la información por ella difundida a través de la red social Facebook.

El juez de tutela ordenó que se publicara en el muro de Facebook la correspondiente disculpa a M.R.A.V. por la afectación causada. La publicación debía estar habilitada para el mismo número de personas que la primera vez y debía permanecer publicada durante un lapso equivalente. Si bien la orden estaba justificada por la violación del derecho al buen nombre de la actora, no cumplía con las reglas establecidas para la rectificación a través de redes sociales, pues se había limitado a ordenar que J.P.M.B. se disculpara por medio de un video en su perfil de la red social Facebook, pero omitió aclarar que la rectificación, más allá de contener una disculpa a la afectada, debía ser precisa al comunicar que la información no era cierta y que con ella se habían vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

Dado que J.P.M.B. vulneró el derecho fundamental al buen nombre de M.R.A.V., la Sala modificó la sentencia de tutela dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Popayán y amparó el derecho fundamental al buen nombre de M.R.A.V. Adicionalmente, decidió que los efectos del amparo no son extensibles a la Clínica F.O.V., y se especificaron los términos en que debía hacerse la rectificación ordenada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acciones de tutela interpuestas por *M.G.O. c. Google Inc.- YouTube* (Exp.T-6.510.527), y por *M.R.A.V. c. J.P.M.B.* (Exp.T-6.519.920), sentencia T-121/18, del 9-4-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-121-18.htm>.



Derecho ambiental. Biodiversidad. Reproducción en cautiverio de cetáceos. Procedimiento de consultas. Derecho a la libertad de comercio y de industria. (Francia).

Antecedentes del caso: a través de un decreto de mayo de 2017, los ministros franceses de Medio Ambiente, de Energía y de Mar y de Agricultura, Sector Agroalimentario y Bosques, junto con la Secretaría de Estado para la Biodiversidad, establecieron las características generales y las reglas de funcionamiento de los parques acuáticos que exponen al público especímenes vivos de cetáceos. En ese marco, se prohibió la reproducción en cautiverio de la especie *Tursiops truncatus*, denominados habitualmente “grandes delfines”.

Las empresas Marineland, Safari Africain de Port St. Père y Grévin y compañía solicitaron judicialmente la anulación de ese decreto. Alegaron que había sido adoptado mediante un procedimiento irregular y que afectaba desproporcionadamente el principio de libertad de comercio y de industria, ya que implicaba necesariamente el cierre de los establecimientos.

Sentencia: el Consejo de Estado de Francia anuló el decreto cuestionado, que fue adoptado a través de un procedimiento de consulta irregular.

El procedimiento habitual requiere efectuar tres consultas. En las dos primeras realizadas en este caso, se requirió la opinión del Consejo Nacional de Protección de la Naturaleza y del Consejo Superior de Prevención de Riesgos Tecnológicos, pero el texto del decreto entregado a estos organismos fue modificado con posterioridad a esa consulta. Mientras que la versión original del decreto solo prohibió la reproducción de orcas, la definitiva suprimió todas las referencias a la posibilidad de reproducción de grandes delfines, lo que implicó también la prohibición de reproducción en cautiverio. En consecuencia, la modificación realizada entre ambas versiones constituyó una cuestión novedosa sobre la cual los organismos deberían haber sido consultados.

En cuanto a la tercera consulta requerida, el proyecto se sometió a consulta pública de acuerdo con lo dispuesto en la Carta del Medio Ambiente y en el Código del Medio Ambiente. Estas normativas disponen que es necesario recibir nuevas observaciones del público sobre las modificaciones realizadas al texto con posterioridad solo cuando estas desnaturalizan la versión original. Ahora bien, tomando en cuenta la importancia y el alcance de los cambios efectuados en este caso —ya que la prohibición de reproducción amenazaba la subsistencia de los parques acuáticos—, el decreto definitivo distorsionó el proyecto presentado al público y, por ende, se requería una nueva consulta.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia n.º 412210 del 29-1-2018, en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA-TEXT000036553734&fastReqId=1267770040&fastPos=1>.



Derecho ambiental. Especies en peligro de extinción. Conocimiento científico y control judicial. Derecho a la protección legal efectiva. (Alemania).

antecedentes del caso: las accionantes, dos empresas de molinos eólicos, apelaron la negativa al otorgamiento de un permiso de control de inmisión para aerogeneradores. El permiso no les había sido concedido en dos ocasiones por el peligro que representaban las turbinas eólicas para las aves y, en consecuencia, por la incompatibilidad existente con el art. 44.1.1 de la Ley de Protección de la Naturaleza Federal (Bundesnaturschutzgesetz, BNatSchG). Esta disposición prohíbe matar o herir animales salvajes de especies particularmente protegidas y eliminar, dañar o destruir sus formas de desarrollo natural. En este caso, específicamente, la especie amenazada es el halcón rojo (*Rotmilan*). La normativa se opone al otorgamiento de un permiso que aumente el riesgo de muerte o lesión de animales protegidos en peligro de extinción. Las autoridades asumieron, en ambos casos, el incremento del riesgo para la vida de las aves.

La decisión fue recurrida en la alzada, pero no prosperó. Mediante la apelación, las accionantes reclamaron una protección legal efectiva con acceso jurisdiccional en virtud del art. 19.4.1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz, GG). Esa norma establece que toda persona cuyo derecho sea vulnerado tiene la facultad de acudir a la Justicia.

Sentencia: el art. 19.4.1 GG permite al juzgador fundar su sentencia en una evaluación razonable según la investigación y el estado de conocimiento alcanzado. No es competencia de la Justicia realizar más investigaciones que las que la ciencia ya desarrolló. El control judicial tiene como límite el estado del conocimiento científico y de la práctica de la conservación de la naturaleza, por lo que el tribunal no está obligado a efectuar mayores indagaciones.

Las quejas hacen valer, por medio de la apelación, los avances en el conocimiento de las ciencias naturales en cuanto al riesgo de muerte de los halcones, ausente en el marco normativo. Sin embargo, no se adecuan al principio de subsidiariedad de los procesos constitucionales de queja, ya que lo deberían haber fundamentado oportunamente durante el juicio ordinario. Asimismo, la acción de tutela solo procede cuando los afectados no disponen de otro medio de defensa judicial. Inclusive, se podría haber evitado el límite de inconstitucionalidad del control judicial si los tribunales, de acuerdo con su jurisprudencia, hubieran negado las condiciones para ese límite de control. Los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, jurisdiccionales y administrativas, es decir, por la autoridad (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema.

La jurisprudencia de los tribunales administrativos con respecto al art. 44.1.1 BNatSchG no es *per se* incompatible con la Ley Fundamental. Así, limitar el control judicial podría conducir a la congruencia con el art. 19.4.1 GG, cuando

la aplicación de la norma inferior requiera hallazgos fácticos de conocimientos especializados en conservación de la naturaleza, que no puedan fundarse en la legislación o en normas secundarias existentes y en los métodos aceptados por los expertos y la ciencia.

Con respecto a cuestiones legales que dependan de criterios no legales vinculados a la conservación de la naturaleza, el control judicial por parte de los juzgados administrativos se limita a la falta de especificación normativa, a la opinión de los expertos y de la ciencia específica sobre el tema y a los métodos de evaluación a aplicar en el caso individual. Es objetivamente imposible para los tribunales administrativos investigar exhaustivamente los hechos del caso y alcanzar conclusiones finales sobre si la decisión de la autoridad administrativa fue correcta. Los límites del control judicial no afectan la concretización de conceptos jurídicos indeterminados (así se resolvió en la sentencia de este tribunal constitucional, BVerfGE 129, 1, 21 y ss.), ya que no se puede establecer de manera concluyente si el resultado de la decisión administrativa fue el correcto bajo los estándares de la conservación de la naturaleza. Cuando el control judicial llega a límites cercanos al estado del conocimiento científico y a la práctica ecológica, el art. 19.4.1 GG no obliga al tribunal a seguir profundizando en la investigación. En cambio, le permite basar su decisión en los estudios existentes de las autoridades especializadas, siempre que la norma y los métodos utilizados por estas sean razonables y lleguen a un resultado plausible con los criterios técnicos.

De acuerdo a los principios generales, el control judicial de los tribunales administrativos debe examinar si las autoridades cometieron errores de procedimiento al determinar y aplicar el método específico que eligieron dentro de las opciones aceptables, si aplicaron incorrectamente la ley pertinente, si se basaron en hechos que fueron incorrectos o insuficientes, si se violaron criterios de valoración universal válidos o si fueron guiados por consideraciones irrelevantes.

Los límites constitucionales surgen para el legislador en un contexto de relación entre los derechos materiales fundamentales y los principios derivados del principio democrático y del Estado de derecho. En el caso de “vacío de conocimiento científico”, el legislador debe proporcionar a los tribunales la orientación necesaria para llenar esa carencia. Si no lo hiciera, incumpliría la responsabilidad de tomar decisiones por sí mismo. Por lo tanto, a largo plazo, debe proporcionar una escala por debajo del estándar.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, sentencia del 23-10-2018, en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/Share-dDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/bvg18-081.html>.



Derecho de familia. Divorcio unilateral. Matrimonio religioso. Régimen. Interpretación. Control de constitucionalidad. (India).

antecedentes del caso: Shayara Bano solicitó a la Suprema Corte de la India el dictado de una declaración de nulidad del “triple talaq” o *talaq-e-biddat* (la práctica mediante la cual el varón musulmán se divorcia instantánea y unilateralmente de su esposa con solo pronunciar tres veces consecutivas la palabra árabe *talaq*, que significa divorcio) pronunciado por su esposo. Este alegó que el *talaq-e-biddat* cumplía con todos los requisitos de validez de un divorcio conforme a las prácticas de la escuela hanafi de los musulmanes sunitas de la India y que, además, estaba en consonancia con la *sharía*, la ley personal musulmana.

Asimismo, Shayara Bano sostuvo que este modo abrupto, unilateral e irrevocable de poner fin al matrimonio —presuntamente en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la Muslim Personal Law (Shariat) Application Act de 1937— debía ser declarado inconstitucional e inválido, ya que no forma parte de la ley personal musulmana ni es mencionado en el Corán. De igual modo, en relación con la Constitución, observó que esta práctica viola los derechos fundamentales garantizados por sus arts. 14, 15 y 21 y que no puede considerarse amparada por los derechos que sus arts. 25.1, 26.b y 29 garantizan a las denominaciones religiosas. Además, manifestó que el *talaq-e-biddat* ha sido denunciado a nivel internacional, que un gran número de países musulmanes teocráticos lo han prohibido y que, en consecuencia, no puede ser conceptualizado como sagrado para la religión islámica.

El representante de la accionante formuló observaciones y consideraciones sobre la cuestión. Adujo que todos los derechos fundamentales garantizados en la Parte III (derechos fundamentales) de la Constitución son justiciables, que, en el *talaq-e-biddat*, la esposa no tiene intervención alguna y que, incluso, puede estar ausente cuando es pronunciado o desconocerlo por completo. Agregó que todas estas acciones violan la cláusula de la igualdad ante la ley e igual protección de las leyes consagrada en el art. 14 de la carta magna, cuyo art. 15, además, establece claramente la prohibición de discriminación por razón de sexo. Por todo eso, el *talaq-e-biddat* viola el derecho fundamental que postula la igualdad entre el hombre y la mujer.

El representante también sostuvo que las esposas musulmanas sufren discriminación por motivos de género, lo cual constituye una violación de los derechos humanos garantizados por el art. 21 de la Constitución. Afirmó que un número considerable de países cuya religión oficial es el islam ha eliminado el *talaq-e-biddat* por vía legislativa y que, si esta práctica constituyera una parte esencial de la religión, la intervención legislativa no podría ocurrir. Aseguró que, en consecuencia, la Suprema Corte está en condiciones de resolver este asunto porque resulta violatorio de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna y es contrario al principio de moral constitucional.

Por otra parte, el representante de Shayara Bano observó que en el Corán no hay mención alguna al *talaq-e-biddat*, que no es reconocido por muchas escuelas islámicas y que, incluso, es considerado una práctica patriarcal y también pecaminosa. Alegó que la Suprema Corte, en su carácter de tribunal constitucional y en virtud de

lo dispuesto por el art. 32 de la carta magna, tiene la obligación de cumplir con su responsabilidad de proteger, ejecutar y salvaguardar los derechos garantizados por los arts. 14, 15 y 21 de la Constitución. Asimismo, consideró que, en la India, las diferentes comunidades religiosas tienen derecho a regirse por sus propias “leyes personales”, las cuales, sin embargo, deben sobrevivir al control de constitucionalidad y de moral constitucional, toda vez que no pueden vulnerar los mencionados arts. 14 y 15. En este contexto, si bien los asuntos atinentes al matrimonio y al divorcio son cuestiones de fe, lo cierto es que también están sujetas al escrutinio del orden público, la moral y la salud, así como a las demás disposiciones de la Parte III de la Constitución. Por otro lado, afirmó que todas las demás comunidades del país solo pueden obtener el divorcio por vía judicial y que la anulación unilateral del matrimonio contradice claramente las políticas públicas y debe ser declarada inadmisibles e inconstitucional.

El fiscal general de la India sostuvo que le corresponde a la Suprema Corte determinar si en una democracia secular la religión puede ser una razón válida para negar la igualdad de condiciones y la dignidad a las mujeres musulmanas. En efecto, la igualdad de género y la justicia de género son valores intrínsecos de la garantía de igualdad garantizada por el art. 14 de la Constitución. De igual modo, el fiscal general consideró que los valores patriarcales son absolutamente incompatibles con el espíritu y la letra de los arts. 14 y 15 de la carta magna y que la desigualdad de género no solo impacta en las mujeres, sino que tiene un efecto dominó en el resto de la comunidad, pues impide abandonar la situación de atraso y participar de la totalidad de las libertades garantizadas por la Constitución.

El fiscal general afirmó que, bajo la Constitución secular de la India, la libertad de religión está supeditada a derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, a la no discriminación y a vivir con dignidad. Asimismo, sostuvo que es preciso trazar una línea divisoria entre la religión *per se* y las prácticas religiosas, que no están protegidas por el art. 25 de la Constitución. Observó que el *talaq-e-biddat* no puede ser considerado parte esencial de una práctica religiosa y que, por eso, no tiene derecho a la protección de dicho artículo. Por todo ello, sostuvo que la práctica debe ser declarada inconstitucional.

Los representantes del AIMPLB (All India Muslim Personal Law Board) refutaron todas las observaciones hechas en nombre de la accionante. Sostuvieron que no le corresponde a la Suprema Corte abocarse a la interpretación de la manera en que los creyentes entienden el proceso del talaq. También adujeron que, para la escuela hanafi de los musulmanes sunitas, el *talaq-e-biddat* es parte de su “ley personal”, es decir, de la fe que han profesado generación tras generación a lo largo de los siglos. Por consiguiente, esa práctica debe ser tratada como un derecho fundamental de los musulmanes, protegido por la Constitución, en el que no caben intervenciones jurídicas.

Asimismo, sostuvieron que las “leyes personales” son derechos inalienables de las personas, que les permiten regirse por su fe, que una creencia que ha sido practicada durante 1400 años es una cuestión de fe y que, por ende, está protegida por el art. 25 de la Constitución. Según los representantes de la AIMPLB, solamente aquellas prácticas de fe que contradicen el orden público, la moral y

la salud interfirieran con el art. 25.1 de la Constitución, así como con lo dispuesto en su Parte III (derechos fundamentales). Por otro lado, aseguraron que los arts. 14, 15 y 21 son claramente inaplicables a los asuntos relativos a la “ley personal”. Afirmaron que las pretensiones de la apelante deben ser presentadas ante los miembros de la comunidad religiosa facultados para modificar las tradiciones existentes y, alternativamente, ante el legislador. En razón de todo ello, solicitaron el rechazo de las pretensiones de la accionante.

Sentencia: la Suprema Corte de la India, por 3 votos contra 2, declaró que la práctica del *talaq-e-biddat* es inconstitucional.

Voto de los magistrados Khehar y Nazeer:

El *talaq-e-biddat* forma parte de la “ley personal” de la escuela hanafi de los musulmanes sunitas. Ha sido practicado durante 1400 años, es parte integral de la religión y goza de la protección del art. 25 de la Constitución. Por esta razón, la pretensión de la accionante no puede ser aceptada.

No corresponde a los tribunales determinar si una práctica religiosa es prudente, progresista o retrógrada. La religión y la “ley personal” deben ser comprendidas y aceptadas por los seguidores de la fe y no por quienes desearían que fuera diferente. El art. 25 de la Constitución obliga a todos los tribunales constitucionales a proteger a la “ley personal” y no a encontrar errores en ella. Los jueces, en estos casos, siempre deben mostrar moderación, aun cuando sea atractiva la oportunidad de trabajar por el bienestar social. Por ello, resulta aceptable la posición de los representantes de la AIMPLB según la cual solo es posible resolver la situación por vía legislativa.

En la India, se han adoptado medidas con respecto a otras religiones, pero no en relación con el islam. Por eso, instamos al Poder Legislativo a tratar una cuestión de suma importancia como esta y a los partidos políticos a dejar de lado sus beneficios políticos cuando se trata de abordar medidas que requieren ser legisladas.

Los magistrados consideraron que, hasta tanto el asunto fuera tratado por el legislador, los maridos musulmanes deberían cesar de pronunciar el *talaq-e-biddat*. En principio, la medida operaría por el término de seis meses. Si el proceso legislativo se iniciara antes del vencimiento de ese término y se tomara la decisión de redefinir el *talaq-e-biddat*, la orden seguirá vigente hasta que la ley sea sancionada. De lo contrario, la orden será suspendida.

Voto del magistrado Kurian:

La Muslim Personal Law (Shariat) Application Act de 1937 fue sancionada para poner fin a las costumbres y a los usos nefastos, opresivos y discriminatorios en la comunidad islámica. En efecto, luego de esa promulgación, la única ley aplicable a los musulmanes en relación con el matrimonio y su disolución, incluyendo el *talaq-e-biddat*, debe ser la *sharía*.

Ahora bien, el Corán es la palabra de Dios y la “primera fuente de jurisprudencia”. Lo complementan los *hadiths* —una recopilación de las tradiciones

del profeta Mahoma que registra sus acciones y dichos— de los que pueden derivarse ayuda e inspiración para la toma de decisiones jurídicas. En caso de que ni en el Corán ni en los *hadiths* existan respuestas a una determinada cuestión, entonces es preciso seguir los principios de la ley sagrada o *sharía*. No puede haber *hadiths* que contradigan lo que está expresamente establecido en el Corán. El islam no puede ir en contra del Corán, que atribuye santidad y permanencia al matrimonio. Sin embargo, en ciertas situaciones inevitables, el divorcio está permitido. Aparecen referencias al respecto en tres versículos del Corán, que lo consienten siempre y cuando medien causas razonables y esté precedido por tentativas de reconciliación entre los esposos por parte de dos árbitros, uno de cada familia. Si esos intentos fracasan, puede otorgarse el divorcio.

Por todo ello, resulta extremadamente difícil coincidir con la opinión de los magistrados Khejar y Nazeer, según la cual el *talaq-e-biddat* debe considerarse parte integral del islam y parte de su ley personal.

Profesar, practicar y propagar la propia religión es un derecho fundamental garantizado por la Constitución, que solo está sujeto al orden público, a la salud, a la moral y a otras disposiciones de la Parte III de la carta magna. Asimismo, conforme lo dispuesto por el art. 25.2 de la Constitución, el Estado está facultado para dictar leyes que regulen o restrinjan las actividades económicas, financieras, políticas o de orden laico que puedan estar asociadas con prácticas religiosas y a aquellas que contemplen el bienestar y la reforma social. Por consiguiente, resulta inaceptable considerar que el *talaq-e-biddat* es parte integrante de la práctica religiosa.

El objetivo de la ley de 1937 fue declarar la *sharía* como norma para la toma de decisiones y poner fin a las prácticas contrarias a ella en lo relativo a las materias enumeradas en su art. 2, que incluyen el *talaq-e-biddat*. En consecuencia, después de la introducción de esa ley, las prácticas que contradicen los principios del Corán no pueden estar permitidas. Por ende, el *talaq-e-biddat* no goza de protección constitucional alguna.

Voto de los magistrados Nariman y Lalit:

Aparentemente, los árabes tenían total libertad para repudiar por puro capricho a sus esposas, pero, luego de la llegada del islam, el divorcio fue autorizado solamente por causas razonables. De lo contrario, ningún hombre podía justificar un divorcio sin atraer hacia sí la maldición de Dios. El profeta Mahoma declaró que, a los ojos de Dios, el divorcio era el más aborrecido de los asuntos lícitos, ya que interrumpe los lazos conyugales, fundamentales para la vida familiar en el islam. No solo suspende el lazo conyugal entre el hombre y la mujer, sino que provoca graves repercusiones psicológicas y de otra índole en los hijos del matrimonio.

La cuestión que aquí se planteó es si cabía considerar que la ley de 1937 reconoce y ejecuta el *talaq-e-biddat* en tanto principio de legalidad por el que deben guiarse los tribunales de la India.

Ahora bien, la declaración de objetos y motivos de esa ley reza así: “Por muchos años, el anhelo de los musulmanes de la India británica ha sido que el derecho consuetudinario en ningún caso tomara el lugar de la ley personal musulmana.

(...) La situación de las mujeres musulmanas en términos del denominado derecho consuetudinario es francamente desgraciada. Las organizaciones de mujeres musulmanas han condenado el derecho consuetudinario porque vulnera sus derechos. Ellas exigen que les sea aplicada la *sharía* y afirman que la introducción de la ley personal musulmana las colocará automáticamente en la posición a la que naturalmente tienen derecho.”

Es evidente, entonces, que todas las formas de talaq reconocidas y ejecutadas por la ley personal musulmana han sido reconocidas por la ley de 1937, incluido el *talaq-e-biddat*. Por eso, resulta muy difícil aceptar el argumento de los representantes de la AIMPLB de que el art. 2 de esa ley no reconoce ni ejecuta el *talaq-e-biddat*. Sin embargo, ese artículo lo considera como la “norma por la cual se deciden los casos en que las partes son musulmanas”.

Pese a estar permitido en la jurisprudencia hanafi, el *talaq-e-biddat* es considerado pecaminoso. Está claro, entonces, que no forma parte del art. 25.1 de la Constitución. Por consiguiente, la afirmación, por parte de los representantes de la AIMPLB, de que el asunto debe resolverse por vía legislativa no deriva de que el art. 25.2.b solo sería aplicable si una práctica religiosa en particular está cubierta por el art. 25.1 de la Constitución.

Ahora bien, resulta innegable que el *talaq-e-biddat* es manifiestamente arbitrario en el sentido de que el lazo conyugal puede ser anulado de manera caprichosa por un hombre de religión musulmana sin tentativa alguna de reconciliación. Por ello, esta forma de talaq es violatoria del derecho fundamental que establece el art. 14 de la Constitución. De igual modo, en la medida en que reconoce y ejecuta el *talaq-e-biddat*, la ley de 1937 resulta inválida y debe ser derogada.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: el 19 de septiembre de 2018, el Gobierno de la India aprobó una orden ejecutiva para que el *talaq-e-biddat* fuera considerado un delito sujeto a una pena de tres años de cárcel.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Shayara Bano versus Union of India and others*, sentencia del 22-8-2017, en https://www.sci.gov.in/supremecourt/2016/6716/6716_2016_Judgment_22-Aug-2017.pdf.



Derecho de familia. Matrimonio religioso. Reconocimiento. Derecho a la igualdad de género ante la ley. Libertad religiosa. Derecho a la dignidad humana. Acceso a la justicia. (Sudáfrica).

antecedentes del caso: la Fundación Women’s Legal Centre (WLC), Tarryn Faro y Ruwayda Esau promovieron sendas acciones judiciales ante el Tribunal

Superior de Cabo Occidental, Sudáfrica. WLC, la peticionante principal, solicitó: 1) que se declarara que el presidente, en su carácter de jefe del ejecutivo, así como el gabinete y la Asamblea Nacional incumplieron la obligación que impone el art. 7.2 de la Constitución de proteger, promover y respetar los derechos garantizados por los arts. 9.1, 9.2, 9.3, 9.5, 10, 15.1, 15.3, 28.2, 31 y 34 de la Constitución, mediante la redacción y la puesta en marcha con celeridad y diligencia —según lo dispuesto en el art. 237 de la Constitución— de un proyecto de ley para que se reconozca la validez del matrimonio musulmán a todos los efectos y se regulen las consecuencias de dicho reconocimiento; 2) que se declarara que el Parlamento de la República de Sudáfrica y el presidente, en su carácter de jefe de Estado, habían incumplido la obligación que impone el art. 7.2 de la Constitución de proteger, promover y respetar los derechos garantizados en los arts. 9.1, 9.2, 9.3, 9.5, 10, 15.1, 15.3, 28.2, 31 y 34 de la Constitución mediante la promulgación y la aplicación con celeridad y diligencia —según lo dispuesto en el art. 237 de la Constitución— de una ley del Parlamento para que se reconozca la validez del matrimonio musulmán a todos los efectos y se regulen las consecuencias de dicho reconocimiento, y 3) que se ordenara al presidente, así como al gabinete y al Parlamento que cumplan con dichas obligaciones en el plazo de doce meses, mediante la preparación, la puesta en marcha, la promulgación y la ejecución de una ley del Parlamento para que se reconozca la validez del matrimonio musulmán a todos los efectos y se regulen las consecuencias de dicho reconocimiento. En el supuesto de que el presidente remitiera la legislación pertinente a la Corte Constitucional, en virtud del art. 79.4.b de la Constitución, o bien que los miembros de la Asamblea Nacional remitieran la ley a la Corte Constitucional, en virtud del art. 80 de la Constitución, el plazo de doce meses deberá extenderse contando el lapso de tiempo transcurrido entre la remisión y el momento de la decisión de la Corte Constitucional.

Alternativamente, la WLC solicitó que la Ley de Matrimonio de 1961, así como la Ley de Divorcio de 1979 y la Ley de Reconocimiento de los Matrimonios de Derecho Consuetudinario (Ley de Reconocimiento), fueran declaradas incompatibles con los derechos constitucionales antes referidos, en tanto no contemplan, regulan ni reconocen la validez del matrimonio musulmán. Asimismo, a la espera de la sanción de la legislación que subsanara dichas incompatibilidades, la WLC solicitó que se hiciera una interpretación extensiva de la Ley de Reconocimiento a fin de que fuera contemplado el reconocimiento y la regulación de los matrimonios musulmanes. Por último, la WLC solicitó que se declarara que el contrato de matrimonio *pro forma* presentado por el Consejo Judicial Musulmán resulta contrario a las políticas públicas y es jurídicamente inválido.

WLC alegó que la acción instaurada está motivada tanto por la situación de las mujeres que, a menudo en gran número, visitan sus oficinas solicitando patrocinio legal por haberse disuelto sus matrimonios por muerte o divorcio, así como en aras del interés público. Asimismo, afirmó que han sido vulnerados los derechos a la igualdad, a la dignidad, la libertad de religión, el interés superior del menor y el acceso a la justicia.

En lo que respecta a la igualdad, WLC afirmó que la circunstancia de que no se reconozcan los matrimonios musulmanes, así como que se los excluya de las Leyes de Matrimonio, Divorcio y Reconocimiento, provoca una distinción entre las siguientes categorías de personas: a) aquellas que han contraído matrimonio bajo el régimen de la Ley de Matrimonio y aquellas que conforman un matrimonio musulmán monógamo; b) aquellas que han contraído matrimonio bajo el régimen de la Ley de Matrimonio y aquellas que conforman un matrimonio musulmán polígamo, y c) aquellas que conforman un matrimonio polígamo de derecho consuetudinario y aquellas que conforman un matrimonio musulmán polígamo.

WLC sostuvo que, pese a que la Ley de Reconocimiento reconoce a los matrimonios polígamos de derecho consuetudinario, no hace lo propio con los matrimonios musulmanes, por lo que incurre en una violación del art. 9.1 de la Constitución, toda vez que a esta categoría de personas se les niega la igual protección y el beneficio de la ley. Por otro lado, en opinión de WLC, hubo una violación del art. 9.3 de la Constitución en virtud de que la distinción referida se produce en cuatro ámbitos: la religión, el estado civil, el género y el sexo.

Con respecto a la dignidad, WLC sostuvo que se trata tanto de un valor como de un derecho. La circunstancia de que las esposas de los matrimonios musulmanes no sean consideradas dignas de la protección de la ley desvaloriza, estigmatiza y margina a ese grupo minoritario vulnerable.

Por otro lado, WLC afirmó que las esposas de los matrimonios musulmanes no tienen acceso al sistema judicial y, en consecuencia, no es posible regular sus matrimonios en relación con los derechos de propiedad, divorcio, manutención y custodia. Por consiguiente, los litigios quedan irresueltos y las partes, sin recibir soluciones eficaces. Además, aun cuando los tribunales religiosos dictan una resolución, esta resulta inaplicable. En consecuencia, las mujeres y los niños musulmanes son sometidos a malos tratos, expulsiones y dificultades económicas. Por otra parte, la Ley de Matrimonio establece una edad mínima para contraer matrimonio que no es aplicada en los matrimonios musulmanes. Según WLC, en ninguno de los dos casos, el Estado ha asegurado la infraestructura legal y administrativa necesaria para garantizar que a los niños de los matrimonios musulmanes se les conceda la protección establecida en el art. 28 de la Constitución.

Por último, WLC afirmó que la ausencia de legislación que reconozca y regule los matrimonios musulmanes también contradice varios tratados regionales e internacionales sobre la protección y la promoción de los derechos fundamentales de las mujeres.

Sentencia: el Tribunal Superior de Cabo Occidental declaró que:

1) el Estado tiene la obligación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2 de la Constitución, de respetar, proteger, promover y cumplir con los derechos garantizados en los arts. 9, 10, 15, 28, 31 y 34 de la Constitución mediante la preparación, la puesta en marcha, la introducción, la sanción y la ejecución, con celeridad y diligencia —como lo exige el art. 237 de la Constitución— de legislación que reconozca la validez de los matrimonios celebrados según los

principios de la *sharía* (matrimonios musulmanes) y que regule las consecuencias de dicho reconocimiento;

2) el presidente y el gabinete han incumplido sus respectivas obligaciones constitucionales y su conducta resulta inválida;

3) el presidente, el gabinete y el Parlamento deben subsanar su incumplimiento en un plazo de 24 meses a partir de la fecha de la presente declaración;

4) en caso de que, en virtud del art. 79.4.b de la Constitución, el presidente remita la legislación pertinente a la Corte Constitucional, o que, en virtud del art. 80 de la Constitución, los miembros de la Asamblea Nacional remitan la legislación a la Corte Constitucional, el vencimiento del plazo correspondiente será suspendido hasta que la Corte se expida;

5) en caso de que la legislación en cuestión no sea sancionada en un plazo de 24 meses a partir de la fecha de esta resolución o en fecha posterior, entrará en vigor la siguiente disposición: 5.1) se declara que una unión matrimonial celebrada de conformidad con la *sharía* y que subsiste en el momento en que esta disposición entra en vigor (incluso después de su disolución bajo el régimen de aquella) puede disolverse en virtud de la Ley de Divorcio y todas sus disposiciones serán aplicables, siempre que lo dispuesto en el art. 7.3 sea aplicable a dicha unión, independientemente del momento en que fue celebrada; 5.2) en el caso de un hombre que bajo el régimen matrimonial musulmán tenga más de una esposa, este tribunal: a) tomará en consideración todos los factores relevantes, incluso cualquier contrato o acuerdo, y dictará una resolución equitativa que considere justa, y b) podrá disponer que cualquier persona, que en opinión del tribunal demuestre un interés suficiente en la cuestión, acumule sus pretensiones al proceso; 5.3) en caso de que surjan problemas de índole administrativa o práctica, cualquier persona interesada podrá solicitar al Tribunal Supremo la modificación de la disposición; 5.4) el Departamento de Asuntos Internos y el Departamento de Justicia deberán, a la brevedad, publicar en periódicos y radios un informe de lo dispuesto en los puntos 5.1 y 5.2;

6) rechaza la solicitud de dictado de una resolución que ordene al ministro de Justicia instaurar políticas y procedimientos para que el presidente del Tribunal Supremo investigue la validez de los matrimonios celebrados de acuerdo con los principios de la ley islámica;

7) rechaza la solicitud de dictado de una resolución que declare que el contrato de matrimonio *pro forma* que aparece como anexo A en la declaración de la WLC es contrario a las políticas públicas.

El derecho a la igualdad está contenido en el seno mismo de la Constitución y es tanto un valor intrínseco como un derecho justiciable. Lo cierto es que, desde los comienzos de la democracia constitucional en Sudáfrica, existe una abundante jurisprudencia sobre la condición de desventaja de las mujeres, en particular las de raza negra. En el ámbito de la estructura familiar, las mujeres ocupan una posición vulnerable en la sociedad.

Mientras que en Sudáfrica la posición desventajosa de las mujeres musulmanas, particularmente de aquellas que conforman un matrimonio monógamo, ha

mejorado en muchos aspectos, aún existe una brecha en relación con la falta de reconocimiento, que no solo afecta a las mujeres de matrimonios polígamos. Por otra parte, la circunstancia de que las mujeres musulmanas puedan elegir si registrar o no su matrimonio en términos de la Ley de Matrimonio no constituye una defensa adecuada. En efecto, las esposas de los matrimonios musulmanes polígamos no tienen derecho a celebrar matrimonios civiles, y los beneficios legales y la protección vinculados a estos les son negados. Por ello, no es posible llegar a la conclusión de que, en todos los aspectos, la mayoría de las mujeres de los matrimonios musulmanes han elegido libremente evitar la protección ofrecida por los matrimonios civiles. Además, es posible que algunas mujeres desconozcan la circunstancia de que sus matrimonios carecen de toda protección legal, e incluso aquellas que sí reconocen la necesidad de un matrimonio civil es posible que carezcan de poder de negociación pasible de convencer a sus cónyuges de registrar su matrimonio en el registro civil.

La falta de reconocimiento de los matrimonios musulmanes ha sido considerada una violación de la dignidad de las mujeres musulmanas. En *Moosa N.O. and Others v. Minister of Justice and Correctional Services and Others*, al evaluar el derecho de una recurrente a ser considerada como “cónyuge supérstite”, la Corte Constitucional sostuvo que la inherente negación de su derecho a heredar lo establecido en el testamento de su esposo fallecido es un golpe al corazón de un matrimonio de cincuenta años y a su lugar en la familia y en su comunidad. Además, significa que su matrimonio no fue ni es digno de protección legal, y el efecto resultante es estigmatizar su unión matrimonial, disminuir su autoestima y acrecentar su sentimiento de vulnerabilidad por ser una mujer musulmana. En suma, la falta de reconocimiento del derecho a ser considerada como “cónyuge supérstite” viola su derecho a la dignidad y constituye un motivo ulterior para declarar constitucionalmente inválido al art. 2C.1 de la Ley Testamentaria de 1953.

Las mujeres musulmanas cuyos matrimonios han sido disueltos aún se encuentran en una situación de vulnerabilidad que recibe una exigua protección legal. El cónyuge tiene el poder de obtener un divorcio unilateral mediante la figura del talaq y la mujer en esa situación no cuenta con las garantías adecuadas para obtener una reparación en un tribunal, incluida la división de los bienes conyugales. En efecto, ella solo depende de lo dispuesto por las entidades religiosas.

Las mujeres musulmanas no tienen acceso al sistema judicial que las habilite a disolver su matrimonio y regular sus consecuencias. Por otra parte, a los niños de los matrimonios musulmanes tampoco se les brinda la misma protección que reciben aquellos de matrimonios civiles y de derecho consuetudinario. En efecto, de conformidad con el art. 6 de la Ley de Divorcio, el divorcio no se otorga hasta tanto el tribunal no esté convencido del bienestar del menor y haya solicitado la realización de una investigación y la comparecencia de toda persona relevante. En consecuencia, existe una violación de los derechos que el art. 34 de la Constitución garantiza a las personas que conforman un matrimonio musulmán, así como a sus hijos, cuyos derechos están establecidos en el art. 28 de la Constitución.

Por su parte, los demandados afirman que el Estado, mediante la sanción de leyes sobre el matrimonio, así como de la Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención

de la Discriminación Injusta, de la Ley de Menores y demás legislación pertinente, ha hecho efectivas las obligaciones que le impone el art. 7.2 de la Constitución. Sin embargo, la legislación no tuvo en cuenta la cuestión de la discriminación contra las mujeres y los niños musulmanes. Es evidente que a lo largo de los años se ha demostrado la existencia de una violación sistemática de los derechos de los menores y de los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y al acceso a la justicia.

Conviene recordar a los poderes del Estado el deber constitucional de cumplir con todas sus obligaciones constitucionales con celeridad y diligencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 237 de la Constitución. La cuestión del reconocimiento y la regulación de los matrimonios musulmanes, de naturaleza indudablemente compleja y controvertida, ha estado pendiente durante muchos años. Ello, sin embargo, no reduce la obligación que el art. 7.2 de la Constitución impone al Estado de, entre otras cosas, cumplir con los derechos establecidos en el Capítulo 2 de la Constitución. Asimismo, cabe esperar que el Ejecutivo y el Legislativo actúen con celeridad a fin de sancionar legislación que erradique las continuas dificultades que enfrentan las mujeres y los niños de los matrimonios musulmanes.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: el talaq es el derecho que según algunas interpretaciones de la jurisprudencia islámica tiene el marido a repudiar a su mujer mediante un divorcio verbal, que consiste en que el hombre repita tres veces “me divorcio de ti”. La mujer no tiene un derecho paralelo ni derecho al divorcio, salvo que se deje especificado en el contrato de matrimonio. La mayoría de los musulmanes no practican el talaq, y el mismo Corán define el repudio de la esposa como “el más odioso para Dios de todos los actos permitidos”. Sin embargo, la práctica persiste e incluso está legislada como prerrogativa del hombre en algunos países musulmanes.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CABO OCCIDENTAL, SUDÁFRICA, *Women’s Legal Centre Trust v. President of the Republic of South Africa and Others, Faro v. Bingham N.O. and Others, Esau v. Esau and Others*, sentencia del 31-8-2018, en <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2018/109.html>.



Derecho de huelga. Libertad de asociación. Libertad sindical. Empleo público. Prohibición de ejercicio del derecho de huelga en la función pública. Constitucionalidad y alcance en términos de la CEDH. (Alemania).

Antecedentes del caso: los recurrentes son docentes que desempeñan cargos de funcionarios públicos en escuelas de tres estados federados diferentes (Renania del Norte-Westfalia, Schleswig-Holstein y Baja Sajonia). En el pasado, participaron en protestas y huelgas organizadas por el Sindicato de Educación y Ciencia en horario laboral. Por ese motivo, las autoridades disciplinarias

competentes los sancionaron, sobre la base de que la participación en este tipo de actividades por parte de los funcionarios públicos importaba una violación de sus deberes fundamentales en virtud de lo establecido en el régimen de la Administración Pública. En particular, sostuvieron que los funcionarios públicos no pueden ausentarse del servicio sin autorización. En las etapas iniciales del proceso ante los tribunales ordinarios, los accionantes impugnaron las sanciones disciplinarias respectivas, con resultado infructuoso.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania denegó los recursos de inconstitucionalidad planteados. El legislador debe considerar la prohibición del derecho de huelga en la función pública como un principio tradicional independiente, propio de la carrera pública. Esta prohibición resulta conforme con el principio constitucional de apertura al derecho internacional y, en particular, es compatible con las garantías previstas en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Los actos de autoridad pública impugnados no son objeto de análisis constitucional. En última instancia, las autoridades presumieron que se hallaba vigente una prohibición del derecho de huelga para los funcionarios públicos en Alemania. Al hacerlo, no ignoraron los presupuestos constitucionales pertinentes.

1. La cuestión se enmarca dentro del ámbito de protección material del art. 9.3 de la Ley Fundamental (LF), relativo a la libertad sindical. Es cierto que los funcionarios públicos están excluidos de los convenios colectivos de trabajo, ya que no pertenecen a la estructura salarial colectiva. Sin embargo, en el caso, lo que resulta decisivo es que las resoluciones en materia disciplinaria sancionaron la participación de funcionarios en actividades puestas en marcha por sindicatos y relacionadas con la negociación colectiva, aunque no en interés de ellos mismos. En consonancia con una interpretación congruente con el principio constitucional de apertura al derecho internacional, esta interpretación amplia del art. 9.3 LF también encuentra sustento en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos relacionada con el art. 11 CEDH. De acuerdo con ella, las huelgas por solidaridad constituyen, en cualquier caso, un elemento accesorio de la libertad sindical.

2. Las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas afectan el derecho fundamental amparado por el art. 9.3 LF. Toda restricción de las garantías emanadas de los derechos fundamentales limita la libertad sindical. Las sanciones disciplinarias impuestas a los recurrentes y las resoluciones que confirmaron las decisiones judiciales impugnadas restringen la posibilidad de participar en conflictos laborales.

3. Sin embargo, la lesión al derecho a la libertad sindical se halla justificada en razón de intereses de suficiente entidad protegidos por la Ley Fundamental.

3.1. La prohibición del derecho de huelga en la función pública es un principio independiente y tradicional propio de la carrera pública en el sentido del art. 33.5 LF. Cumple con los dos presupuestos necesarios para ser calificado como un principio tradicional: 1) el requisito de tradicionalidad, ya que se remonta a una línea de tradición establecida, cuanto menos, desde la práctica administrativa de la República de Weimar, y 2) el requisito de sustancialidad, dado que su contenido se encuentra en gran medida vinculado con los cimientos de la carrera pública

alemana en términos constitucionales, en especial, con el deber de lealtad y el carácter alimentario de la remuneración.

3.2. La prohibición del derecho de huelga es parte de la garantía institucional del art. 33.5 LF, que el legislador debe contemplar. El derecho de huelga, incluso solo para ciertos grupos de funcionarios públicos, interferiría con los principios estructurales básicos garantizados por la Ley Fundamental y cambiaría radicalmente la comprensión y la regulación de la función pública. Debilitaría los principios del carácter alimentario de la remuneración, de estabilidad, del deber de lealtad, y el principio de que los derechos y deberes materiales, entre ellos la remuneración, deben ser reglamentados por ley. Como mínimo, requeriría incorporar reformas fundamentales a estos principios, esenciales para el ejercicio de la función pública. Si se reconociera el derecho de huelga en este ámbito, no habría margen, por ejemplo, para una regulación de las remuneraciones por ley. Si la remuneración de los funcionarios públicos o parte de ella pudiera negociarse en el marco de conflictos laborales, entonces ya no sería posible justificar la posibilidad vigente de los funcionarios públicos de hacer valer judicialmente el carácter alimentario de su retribución, garantizado por la Ley Fundamental. El carácter alimentario de las remuneraciones junto con el principio de estabilidad contribuyen a asegurar la independencia en el desempeño de sus funciones y garantizarles los medios necesarios para cumplir con su deber de dedicación exclusiva a la función pública.

3.3. La Constitución no exige una disposición legal que expresamente establezca la prohibición del derecho de huelga en la función pública. La regulación estadual de la función pública contiene disposiciones sobre la ausencia del servicio y los deberes fundamentales del funcionario público, que incluyen el ejercicio desinteresado de sus funciones en aras del bien común y el deber de obedecer las órdenes que reciban de sus superiores jerárquicos, normas que, al menos conjuntamente, exponen de modo suficiente la prohibición del derecho de huelga derivada del art. 33.5 LF.

3.4. La restricción de la libertad sindical es constitucionalmente inobjetable en la medida en que concierna a la participación de los funcionarios públicos en conflictos laborales. Por otra parte, la prohibición del derecho de huelga en la función pública se ajusta al principio de concordancia práctica. La tensión entre la libertad sindical y el art. 33.5 LF debe ser resuelta en favor de la prohibición del derecho de huelga en la función pública. El tenor de la injerencia en el art. 9.3 LF no resulta irrazonable en el caso de los funcionarios públicos. La prohibición del derecho de huelga no torna completamente irrelevante el derecho a la libertad sindical ni lo priva totalmente de efectividad. De hecho, el legislador ha introducido disposiciones tendientes a compensar la restricción del art. 9.3 LF dirigida a los funcionarios públicos, en particular, derechos de participación en organizaciones que aglutinan a varios grupos en el ámbito sindical a la hora de elaborar leyes reglamentarias de la función pública. Otro elemento propio de estas medidas compensatorias es el principio del carácter alimentario de las remuneraciones bajo el régimen de la Administración Pública, que concede a los funcionarios públicos el derecho, equiparable con los derechos fundamentales, de hacer valer judicialmente el carácter alimentario de su retribución en caso de que

sea necesario (lo que incluye pensiones especiales, puestos vitalicios en virtud de los cuales los funcionarios no pagan seguro de desempleo ni pueden ser despedidos, seguro médico privilegiado, etc.). En este sistema recíproco de derechos y deberes interrelacionados de los funcionarios públicos, las ampliaciones o restricciones de un derecho o deber en el marco de la función pública por lo general importan reformas en los otros derechos y deberes. El status de funcionario público no admite ningún proceso selectivo en este sentido. Un derecho de huelga reconocido a ciertos grupos de funcionarios desencadenaría una reacción en lo que respecta a la estructura propia de la Administración Pública y afectaría los principios fundamentales que rigen tanto en la reglamentación de la función pública como en instituciones relacionadas.

Una ponderación de la libertad sindical frente a los principios tradicionales de la carrera pública de conformidad con el principio de concordancia práctica tampoco exige que la prohibición del derecho de huelga se limite a los funcionarios cuyo cargo conlleve el ejercicio de la autoridad pública en términos del art. 33.4 LF. Clasificar a los funcionarios públicos en grupos según tengan o no derecho de huelga en razón de sus funciones generaría dificultades de distinción. Un derecho de huelga limitado de esta manera crearía una categoría especial de “funcionarios públicos con derecho de huelga” o “funcionarios públicos sujetos a convenios colectivos”, lo que corrompería la naturaleza dual y claramente estructurada del régimen de la función pública en Alemania.

4. La prohibición del derecho de huelga en la función pública en Alemania es conforme con el principio constitucional de apertura al derecho internacional y, en particular, es compatible con las garantías previstas en la Convención Europea de Derechos Humanos.

4.1. El art. 11.1 CEDH reconoce a toda persona el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otros, sindicatos y de afiliarse para la defensa de sus intereses. En jurisprudencia reciente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha aclarado con mayor detalle el alcance de las garantías del art. 11.1 CEDH y las excepciones a la prohibición de restricciones previstas en su inc. 2. Por eso, más allá del ámbito de aplicación que estipula el art. 46 CEDH, se deben considerar especialmente las circunstancias específicas del caso concreto a los fines de su contextualización. En vistas de lo anterior, no se puede establecer que el ordenamiento jurídico vigente en Alemania no cumpla o esté en conflicto con la CEDH. El art. 9.3 LF, así como la jurisprudencia del Tribunal, precisan que los funcionarios públicos en Alemania también gozan del ámbito personal de protección de la libertad sindical sin excepción, pero no del ejercicio del derecho de huelga, como una de las manifestaciones del art. 9.3, ya que colisiona con el derecho constitucional (art. 33.5 LF). Por lo tanto, ello resulta conforme con las consideraciones de la Convención.

4.2. Independientemente de la cuestión de si la prohibición del derecho de huelga en la función pública constituye o no una injerencia en el art. 11.1 CEDH, en cualquier caso está justificada al amparo del art. 11.2 CEDH, dado que el régimen de la función pública en Alemania tiene características particulares que así lo permiten.

4.2.1. En Alemania, la prohibición del derecho de huelga está prevista por ley en el sentido del art. 11.2.1 CEDH. El derecho interno proporciona la base necesaria requerida para justificar tal restricción. El régimen de la función pública tanto federal como estadual prevé disposiciones específicas dirigidas a todos los funcionarios públicos sobre la ausencia del servicio sin autorización y su deber de obedecer las órdenes que reciban de sus superiores jerárquicos. Estas disposiciones hacen incompatible la participación no autorizada en una huelga. Lo que es más, la prohibición del derecho de huelga en la función pública constituye una manifestación del art. 33.5 LF que ha sido reconocida por la jurisprudencia de los tribunales supremos alemanes por décadas.

La prohibición del derecho de huelga también cumple con los requisitos que emergen de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en la medida en que una injerencia en el art. 11.1 CEDH solo puede estar justificada ante una necesidad social imperiosa, y siempre que la medida sea proporcional. Conforme a la jurisprudencia citada, si determinada restricción afecta el núcleo mismo de la actividad sindical, entonces el legislador cuenta con un margen de apreciación más restringido para justificar la injerencia resultante, en aras del interés general, en el ejercicio de la libertad sindical. Por el contrario, si no se afecta el núcleo, sino un aspecto secundario o accesorio de la actividad sindical, el margen de apreciación es más amplio y existe una mayor probabilidad de que la interferencia sea proporcional.

En este contexto, una prohibición del derecho de huelga en la función pública en Alemania, en especial para los docentes que desempeñan cargos de funcionarios públicos, está justificada en términos del art. 11.2.1 CEDH. Los recurrentes, docentes con cargo de funcionario público, participaron en una huelga convocada por el Sindicato de Educación y Ciencia. Este sindicato agrupa tanto a docentes con cargo de funcionario público como a aquellos que revisten la condición de empleados, y negocia convenios colectivos con la Asociación de Empleadores del Sector Público de los Estados Federados Alemanes solo para los docentes con estatus de empleado. El Parlamento federal y las respectivas legislaturas estatales, con facultades exclusivas para fijar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, son quienes determinan si y en qué medida el resultado de la negociación colectiva para empleados en el sector público puede aplicarse a los funcionarios. Eso pretendieron los recurrentes al participar en la huelga. Este comportamiento no está contemplado como una manifestación sustancial de las garantías previstas en el art.11.1 CEDH. En este caso, no se ha excedido el amplio margen de apreciación que generalmente se otorga a la República Federal de Alemania. Resulta decisivo que, en el régimen de la función pública en Alemania, la condición de funcionario público conlleva derechos y deberes interrelacionados; las ampliaciones o restricciones de un derecho o deber en el marco de la función pública por lo general importan reformas en los otros derechos y deberes. En particular, la concesión del derecho de huelga para los funcionarios públicos sería incompatible con principios fundamentales propios del régimen de la función pública, ya que se verían afectados, principalmente, el deber de lealtad del funcionario público, el principio de estabilidad y el principio del carácter alimentario de la remuneración, que debe ser regulada por ley. La concesión del derecho de huelga para los funcionarios públicos provocaría un cambio radical

y pondría por ello en tela de juicio el sistema del régimen de la función pública característico de la República Federal de Alemania.

El equilibrio de intereses que ha de ponderarse frente a los derechos y libertades de los demás, en virtud del art. 11.2.1 CEDH, exige también tener en cuenta para el caso en análisis el hecho de que la prohibición del derecho de huelga contribuye a salvaguardar el derecho fundamental a la educación, consagrado en el art. 2 del Protocolo n.º 1 de la CEDH, así como también en otros tratados internacionales. Otros aspectos a considerar son las medidas que buscan compensar la privación del derecho de huelga, en particular la participación sindical en el procedimiento legislativo y la posibilidad de control judicial en cuanto al carácter alimentario de las remuneraciones.

4.2.2. Adicionalmente, los recurrentes, en su carácter de docentes con cargo de funcionarios públicos, son miembros de la Administración del Estado en términos del art. 11.2.2 CEDH. Según esta disposición, se puede restringir el ejercicio de las garantías previstas en el art. 11.1 CEDH por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado, y en opinión del Tribunal, el último grupo abarca a los docentes con cargo de funcionario público. Las restricciones que pueden imponerse a los grupos de personas antes aludidos deben ser de interpretación restrictiva. Sin embargo, cuando se trata de docentes de escuelas públicas, el grupo pertinente en este proceso, existe un interés especial del Estado en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los funcionarios públicos, lo que justifica tales restricciones. El sistema educativo y el mandato de educación pública son de gran importancia en la Ley Fundamental (art. 7) y en las constituciones estatales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, casos 2 BvR 1738/12, 2 BvR 646/15, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 1395/13, sentencia del 12-6-2018, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/bvg18-046.html;-jsessionid=3DB4BC9E64ABA435BD6E7AE3171F9285.1_cid383 y https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rs20180612_2bvr173812.html;jsessionid=E57F8D249520FCC0042582A48D05688C.1_cid383.



Derecho de la seguridad social. Accidentes de trabajo. Pensión de viudedad. Homicidio por razones personales en el ámbito laboral. (España).

antecedentes del caso: el 3 de mayo de 2015, Ángel Jesús salió de su domicilio con dos escopetas de caza de su propiedad y se dirigió a Sorbas, donde sabía que su esposa Apolonia había pasado la noche cuidando a su madre. Tras encontrarla, la mató de un disparo. A continuación, Ángel Jesús se dirigió a Níjar, lugar de emplazamiento

del Semillero Mundiplant S.A., propiedad del jefe de su mujer, Raimundo, donde lo encontró y lo mató de un disparo de arma de fuego.

El día de los hechos, Raimundo trabajaba, como todos los domingos, en el regado de las plantas. En días previos a los asesinatos, Ángel Jesús lo había presionado en varias ocasiones para que despidiera a su esposa Apolonia. Raimundo se negó y alegó que, en todo caso, correspondía a la trabajadora renunciar, si era su voluntad.

Raimundo estaba afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, prestaba sus servicios profesionales por cuenta propia en las instalaciones del Semillero Mundiplant S.A. y fue dado de baja el día de su fallecimiento.

Su viuda inició los trámites para obtener la pensión de viudedad. La Dirección Provincial de Almería del Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S.) dispuso reconocer la prestación de viudedad derivada de contingencias comunes con fecha de efectos 1.º de junio de 2015 y por €387,94 mensuales.

No obstante, la base reguladora de la prestación de viudedad por contingencias profesionales era de €879,33 mensuales. Al tiempo del fallecimiento, la empresa tenía concertadas las contingencias profesionales con Mutua Fraternidad Muprespa, la cual había declarado que la muerte de Raimundo no se había debido a un accidente laboral, ya que no se ajustaba a ninguno de los supuestos del art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que define el accidente de trabajo. Contra dicha resolución, se presentó un reclamo que fue desestimado.

La viuda de Raimundo interpuso una demanda en reclamo sobre materias de seguridad social contra el I.N.S.S., la Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Fraternidad Muprespa y Semillero Mundiplant S.A. ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Almería. El 6 de junio de 2017, estimó la demanda y revocó la resolución administrativa impugnada, además declaró el carácter profesional de la contingencia de la pensión de viudedad y condenó a la mutua demandada al abono de la prestación que resultara sobre una base reguladora de €879,33 mensuales, con fecha de efectos 1.º de junio de 2015.

Mutua Fraternidad Muprespa interpuso entonces un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Sentencia: el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el presente recurso y confirmó la sentencia recurrida.

1. La sentencia de instancia ha estimado la pretensión de la demanda relativa a la contingencia de la prestación de viudedad, declaró su carácter profesional y condenó a la Mutua Fraternidad Muprespa al abono de la prestación que resultara sobre una base reguladora de €879,33 mensuales, con fecha de efectos del día 1.º de junio de 2015.

La Mutua recurrió la decisión por dos motivos: primero, con amparo en el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicitó la revisión de los hechos declarados probados; segundo, con amparo en el art. 193 c) de dicha norma, solicitó la revisión sobre infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

2. La recurrente solicitó la revisión fáctica para añadir un hecho nuevo, y alegó que intentaba subsanar un error del juzgador de instancia al omitir que, previamente al asesinato de Raimundo, Ángel Jesús había asesinado a su mujer ante la sospecha de la existencia de una relación sentimental entre ambos.

En su declaración ante la Guardia Civil, Ángel Jesús había manifestado tener certeza de que Raimundo y su esposa mantenían una relación extramatrimonial, y que ese había sido el motivo de lo ocurrido. La Guardia Civil consideró que hubo ánimo de matar por parte de Ángel Jesús, entre otras circunstancias, por la personalidad celosa del autor, quien en presencia de testigos había recriminado a su mujer que mantenía una relación sentimental al margen del matrimonio, que ella había negado.

Es innegable que se tiene que admitir la adición, en parte, para completar el relato histórico, ya que cuando lo que se debate es la existencia o no de un accidente de trabajo todas las circunstancias concurrentes son importantes. No ocurre lo mismo con el texto restante, pues la declaración y respuesta dadas por Ángel Jesús a una pregunta de la Guardia Civil, así como las conclusiones policiales plasmadas en el atestado no son documentos válidos para revisar el relato de la sentencia. No se trata de un hecho probado que conste en una sentencia firme. Por consiguiente, se admitió en parte la revisión, sin perjuicio de la relevancia o trascendencia que pueda tener para variar el sentido del fallo.

3. Asimismo, la recurrente sostuvo que la sentencia impugnada había concluido que el hecho causante se debía a la existencia de la culpa criminal de un tercero que guardaba relación con el trabajo y por tanto debía ser considerado como derivado de contingencia profesional. En el momento de su muerte, el trabajador se dedicaba a sus tareas habituales dentro de su lugar de trabajo. Además, la esposa del autor del asesinato trabajaba en la empresa demandada, y el fallecido había sido presionado en varias ocasiones para que la despidiera. Aun así el tribunal no pudo acreditar la existencia de una relación sentimental entre ellos y, por tanto, no quedó desvirtuada la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS. En opinión de la recurrente, la sentencia infringió la misma jurisprudencia que había citado en sus fundamentos, en la cual lo relevante, a la hora de aplicar el art. 115 b) —que excluye la consideración de accidente de trabajo—, la discusión acerca de si los hechos responden a una motivación ajena al trabajo, lo que, de acuerdo con la recurrente, había ocurrido en este caso.

Por último, afirmó que consideraba ajustada a derecho la resolución de mutua que declaró que el fallecimiento de Raimundo no era consecuencia de un accidente de trabajo, por lo que procedía su confirmación antes de la estimación del recurso y de la revocación de la sentencia impugnada.

4. Efectivamente, el art. 115 LGSS establece en su apartado 5 b) que la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo, no impedirá la calificación de un accidente como de trabajo.

Por lo tanto, la cuestión planteada en autos se reduce a determinar —a la vista de los hechos probados, más la adición que se ha admitido, y con los datos de igual valor recogidos en la fundamentación jurídica— si lo ocurrido fue

consecuencia directa e inmediata del trabajo o bien no tiene conexión, es decir, obedeció a razones ajenas al trabajo, como alega la recurrente, ya que existen relaciones personales entre el autor del crimen y la víctima que impiden que pueda calificarse como accidente de trabajo.

5. Raimundo estaba afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), que establece las normas específicas —incluso en lo relativo a los accidentes de trabajo—, que son distintas que las del Régimen General. El RETA considera como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su cuenta; es decir, siempre tiene que tener conexión con el trabajo. La Sala en sentencia del 13 de octubre de 2011 declaró que es accidente de trabajo si se prueba el nexo del trabajo realizado por cuenta propia con las lesiones sufridas por un trabajador autónomo en el tiempo y lugar de trabajo. Asimismo, no impide la calificación de accidente de trabajo la concurrencia de la culpabilidad civil o criminal de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

En el presente caso, se analizó la contingencia de la prestación de viudedad, sin que se oponga norma alguna a la homogeneidad con el Régimen General en esta materia, de conformidad con lo establecido en el art. 10 LGSS y dado que la acción protectora del Régimen Público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tiende a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, tal y como establece el apartado 5 del art. 26 de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo.

6. Para resolver este recurso, la Sala tuvo en cuenta dos premisas. La primera, que no hay controversia respecto de que el día de los hechos Raimundo se encontraba en el lugar y tiempo de trabajo. La segunda, el relato histórico probado: que Raimundo estaba casado con la actora, que estaba afiliado al RETA y prestaba servicios profesionales por cuenta propia en las instalaciones del Semillero Mundiplant S.A.; que falleció el 3 de mayo de 2015 mientras trabajaba, cuando se apersonó Ángel Jesús y lo mató con un arma de fuego; que Apolonia, la cónyuge de Ángel Jesús, trabajaba en relación de dependencia en Mundiplant S.A., y que su marido, en días previos, había presionado en varias ocasiones a Raimundo para que la despidiera, a lo cual el empleador alegaba que le correspondía a ella abandonar el trabajo si lo deseaba.

Dada la concurrencia criminal en el acaecimiento del deceso por la intervención de un tercero —lo cual por sí mismo no impide la calificación de accidente de trabajo—, la cuestión a discernir es si la acción delictiva descripta no guarda relación alguna con el trabajo, pues de ser así, se exceptúa tal calificación.

En este sentido, se ha dicho que “se discute la naturaleza accidental de la muerte del trabajador (...). Pues bien, el párrafo 5 del propio art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social establece que ‘no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: (...) la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo’. La interpretación de este último inciso, a ‘*contrario sensu*’, llevaría a la conclusión de (que) cuando la agresión externa no

guarda relación con el trabajo, su resultado no puede calificarse de accidente laboral” (STS del 14 de octubre de 2014 —recurso 1786/2013—, recordando la sentencia del Pleno del 20 de febrero de 2006 —recurso 4145/2004—).

No existe una doctrina que, definitiva y unívocamente, sea aplicable a la singularidad del caso que aquí se enjuicia. Del estudio de distintos casos, se concluyó que, cuando la agresión que sufre el trabajador por parte de un tercero —sea en el lugar de trabajo o *in itinere*— obedece a razones personales entre agresor y agredido, el resultado lesivo de la agresión no puede calificarse como accidente de trabajo.

No ocurrió así en el presente supuesto, dado que entre el agresor y el trabajador agredido no existía ninguna relación previa al suceso que provocó la muerte. Según el planteamiento de la recurrente, el homicidio guarda relación con la sospecha del autor del crimen de que existía una relación sentimental entre Raimundo y Apolonia. Es decir, Ángel Jesús incurrió en el vicio procesal que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida, y justifica su argumento con afirmaciones valorativas y subjetivas ajenas a los hechos probados y desconectadas del relato histórico, que impiden —dada la ausencia de conexión con el hecho probado— aplicar la norma invocada.

No puede obviarse la existencia del doble crimen. Pero no solo no ha quedado acreditada la existencia de un hecho ajeno al trabajo, sino que, además, el hecho de que la esposa del autor del crimen fuera empleada del difunto indica que la acción criminal guarda relación con el trabajo. También tiene conexión directa e inmediata con el trabajo el hecho de que el autor del crimen hubiera presionado a Raimundo en días previos para que despidiera a su esposa y que él no lo hiciera. En consecuencia, el tribunal desestimó el recurso, y confirmó la sentencia de instancia.

7. Los motivos de desestimación del recurso determinan la imposición de costas a la recurrente.

Desestimado el recurso de suplicación, se condenó a la parte recurrente a la pérdida de las consignaciones realizadas, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme. Respecto del depósito constituido, se realizará cuando la sentencia quede firme.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, Sede en Granada, Sala de lo Social, Recurso de Suplicación n.º 95/18 interpuesto por Mutua Fraternidad Muprespa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Almería, en fecha 16/6/17, en autos n.º 235/16, sentencia 2037/18 del 19-9-2018, en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8608596&links=semillero&optimize=20190110&publicinterface=true>.



Derecho de la unión europea. Derecho a la educación. Asistencia escolar obligatoria: responsabilidad penal de los padres. Interés superior del menor. Abuso de autoridad parental. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Principio de proporcionalidad. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Dirk y Petra Wunderlich son ciudadanos alemanes. Están casados, tienen cuatro hijos nacidos entre 1999 y 2005, y viven en Hesse, Alemania.

En el año 2005, su hija mayor alcanzó la edad escolar, pero el matrimonio se negó a inscribirla en la escuela en rechazo del sistema escolar estatal, de asistencia obligatoria. Ninguno de los hijos fue enviado a la escuela. La educación de los niños estuvo a cargo de la madre en el seno del hogar.

Los Wunderlich debieron pagar varias multas administrativas por incumplimiento de las normas relativas a la asistencia escolar obligatoria y, además, se iniciaron acciones penales en su contra. Pese a tales circunstancias, no modificaron su comportamiento.

En julio de 2012, la Autoridad Estatal de Educación (Staatliches Schulamt) informó al tribunal de familia competente que los señores Wunderlich se negaban deliberada y sistemáticamente a enviar a sus hijos a la escuela, y que los niños estaban creciendo en un “mundo paralelo”, sin contacto alguno con sus pares ni vida social y comunitaria. Además, proporcionó al tribunal una lista con las multas administrativas y las investigaciones penales realizadas en contra del matrimonio, entre otras razones por golpear a una de sus hijas y por incidentes ocurridos a partir del año 2005.

La Autoridad Estatal de Educación recomendó al tribunal de familia tomar medidas en virtud del art. 1666 del Código Civil alemán, argumentando que el interés superior de los menores estaba en peligro debido a que se encontraban sistemáticamente privados de la oportunidad de participar en una vida “normal”. El Servicio Social de Menores (Jugendamt) apoyó la solicitud de la Autoridad Estatal de Educación.

El tribunal de familia de Darmstadt inició un proceso judicial, escuchó el testimonio de los Wunderlich y el de sus hijos, así como el del Servicio Social de Menores, y designó un tutor *ad litem* para los menores. Los padres declararon que habían pagado las multas administrativas que se les habían impuesto y que, pese a las sanciones del Estado, continuarían educando a sus hijos en el hogar. Los niños explicaron que generalmente era su madre quien les daba clase en un horario entre las 10 y las 15, con un descanso al mediodía para el almuerzo.

El tribunal, entonces, retiró a los padres el derecho a fijar el lugar de residencia de sus hijos, a tomar decisiones respecto de sus asuntos escolares y a dirigirse a las autoridades en nombre de los niños, y transfirió los derechos al Servicio Social de Menores. Asimismo, ordenó a los padres que entregaran a sus hijos al Servicio Social de Menores para cumplir con las normas relativas a la asistencia escolar obligatoria y autorizó a este a usar la fuerza de ser necesario. En su decisión, el tribunal indicó que la negación de los padres a enviar a sus hijos a la escuela —fuera estatal o

independiente y subvencionada— representaba un abuso de autoridad parental, que, a largo plazo, podría poner en peligro el interés superior de los hijos. Además, sostuvo que la circunstancia de que los menores no asistieran a la escuela les impedía formar parte de la comunidad y aprender aptitudes sociales tales como la tolerancia, la asertividad y la habilidad para defender sus propias convicciones. Por otro lado, agregó que para adquirir dichas aptitudes, los niños necesitaban estar expuestos a influencias que no fueran las de los padres. Finalmente, el tribunal llegó a la conclusión de que no podían adoptarse medidas menos severas. Únicamente con la privación parcial de la responsabilidad parental podría garantizarse la asistencia continua de los niños a la escuela y evitar que sufrieran perjuicios como consecuencia de haber sido educados en su casa.

Los Wunderlich apelaron la decisión del tribunal.

El Servicio Social de Menores informó a los Wunderlich que el 22 de noviembre pasarían a buscar a sus hijos para llevarlos a la sede de la Autoridad Estatal de Educación, con el objetivo de someterlos a una evaluación de su nivel de conocimientos. Pese a los dos intentos realizados ese mismo día, los menores se negaron a concurrir. Se les informó entonces que la evaluación se realizaría en su propia casa, pero los padres respondieron que sus hijos no deseaban participar de evaluación alguna.

El 25 de abril de 2013, el Tribunal de Apelaciones de Frankfurt no hizo lugar al recurso de los Wunderlich. Sin embargo, aclaró que los padres conservaban el derecho a fijar el lugar de residencia de sus hijos durante las vacaciones escolares en Hesse. Asimismo, sostuvo que la privación de la responsabilidad parental no podía justificarse con el fin de permitir que los menores recibieran la mejor educación posible, sino solo para evitarles una situación de peligro. El tribunal llegó a la conclusión de que la negativa permanente de los padres a que sus hijos asistieran a la escuela constituía una amenaza contra el interés superior de los niños, al vivir en un sistema familiar “simbiótico” y al negárseles una educación de importancia fundamental para el desarrollo en sociedad. En efecto, la educación que estaban recibiendo de sus padres no compensaba la falta de asistencia a la escuela. Por otra parte, el tribunal sostuvo que los menores no eran miembros de ningún club deportivo, escuela de música u organización similar donde pudieran adquirir otras habilidades importantes para su educación. También observó que de las declaraciones de los padres surgía que su mayor preocupación era crear un fuerte lazo entre ellos y sus hijos excluyendo a los demás, y transmitirles que era innecesario cumplir con las normas de la vida comunitaria si no resultaban de su agrado. El tribunal, además, sostuvo que no podían tomarse medidas menos severas, en la medida en que solo ordenar determinadas conductas habría resultado ineficaz, tal como lo había demostrado el comportamiento previo y las declaraciones de los Wunderlich. En consecuencia, se consideró que la privación parcial de la responsabilidad parental por parte del tribunal de familia había constituido una medida acertada.

El 26 de agosto del mismo año, el Servicio Social de Menores citó a los Wunderlich, a su abogado y a la Autoridad Estatal de Educación. Durante la reunión, los Wunderlich declararon que, en principio, se negaban a enviar a sus

hijos a la escuela. El padre, entre otras cosas, afirmó que consideraba a los hijos “propiedad” de los padres.

Tres días después, los hijos de los Wunderlich fueron llevados a un hogar de menores. Fueron retirados de la casa de a uno con la ayuda de agentes de policía, ya que se habían negado a cumplir con la solicitud del oficial de justicia de salir voluntariamente. Unos días más tarde, fueron sometidos a una evaluación de sus conocimientos para determinar a qué curso debían asistir y cuáles eran los requisitos en materia de escolaridad que necesitaban cumplir. El 19 de septiembre, después de que los padres aceptaran enviarlos a la escuela, los hijos fueron devueltos a su hogar y asistieron a clase durante el año escolar 2013-2014. En mayo de 2014, la Autoridad Estatal de Educación inició acciones penales contra los Wunderlich por no haber cumplido con las normas de asistencia escolar obligatoria. Con ello, el 24 de junio siguiente los padres retiraron una vez más a sus hijos de la escuela.

Dos meses después, en procesos paralelos, el Tribunal de Apelaciones de Frankfurt transfirió nuevamente a los padres el derecho a fijar el lugar de residencia de sus hijos. Sostuvo que, de acuerdo con la información obtenida después de que el Servicio Social de Menores los retirara, cualquier situación de amenaza a su integridad física por parte de los padres podía ser descartada. Por otro lado, la evaluación de conocimientos había demostrado que el nivel académico de los menores no era alarmante. Además, el tribunal afirmó que, pese a que un retiro permanente del hogar familiar era la única manera de garantizar la escolarización continua de los menores, esa medida no seguía siendo proporcionada por el mayor impacto que habría tenido en los menores en relación con la circunstancia de ser educados en casa por sus padres. Sin embargo, el tribunal enfatizó que su decisión no debía ser entendida como un permiso para que los Wunderlich educaran a sus hijos en su casa. Asimismo, recordó que la Autoridad Estatal de Educación había iniciado acciones penales contra los Wunderlich por incumplir las normas relativas a la asistencia escolar obligatoria, lo que comporta una pena de seis meses de prisión.

El 9 de octubre de ese año, el Tribunal Constitucional Federal declaró inadmisibles un recurso constitucional que plantearan los Wunderlich para que se expidiera sobre el asunto, sin especificar los motivos.

Como consecuencia de ello, en abril de 2015, los Wunderlich interpusieron un recurso contra la República Federal de Alemania ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) invocando una violación del art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que no hubo una violación del art. 8 de la Convención.

Los recurrentes alegaron que las autoridades alemanas, al privarlos parcialmente de su responsabilidad parental y transferir sus derechos al Servicio Social de Menores, y al retirar por la fuerza a sus hijos del hogar familiar y trasladarlos a un hogar de menores durante tres semanas, habían violado su derecho al respeto a la vida familiar garantizado por el art. 8 de la Convención. Según los recurrentes, tales injerencias no perseguían una finalidad legítima, ya que, en particular, no se

orientaban a proteger la salud, los derechos y la libertad de los menores, dado que habían sido enviados a la escuela, y la separación de los padres y del hogar los había perjudicado en lugar de protegerlos. Por otra parte, en opinión de los recurrentes, las injerencias no habían sido necesarias en una sociedad democrática. En primer lugar, no se había acreditado suficientemente que los menores estuvieran ante riesgo alguno y menos aún que existieran motivos suficientes para justificar la privación de la responsabilidad parental. En segundo lugar, las autoridades no habían actuado en aras del interés superior de los menores, sino con el mero propósito de evitar la educación en el hogar y hacer cumplir las normas relativas a la asistencia escolar obligatoria. En tercer lugar, las autoridades no habían intentado adoptar medidas menos lesivas, no habían procurado reunificar a la familia ni les habían vuelto a transferir sus derechos parentales con la mayor prontitud posible. Por último, las decisiones de las autoridades se habían fundado en una mala interpretación de lo que es la educación en el hogar y en la suposición errónea y sin fundamento alguno de que conduce al aislamiento social y a la falta de educación.

El Estado reconoció que la decisión de retirar el derecho de los recurrentes a fijar el lugar de residencia de sus hijos y la circunstancia de que hubieran sido posteriormente separados de sus padres por la fuerza habían constituido una injerencia en su derecho al respeto a la vida familiar. Sin embargo, sostuvo que las injerencias se habían realizado de conformidad con la ley y perseguían el objetivo legítimo de proteger la salud, los derechos y la libertad de los hijos de los recurrentes, injerencias que además resultaban necesarias en una sociedad democrática. Con base en información disponible en el momento pertinente, las autoridades alemanas habían determinado que el interés superior de los menores estaba en peligro y que ello justificaba la privación parcial de la responsabilidad parental. Los menores no habían asistido a la escuela ni habían tenido un contacto normal con la sociedad, a la vez que habían tenido escasa oportunidad de encontrarse con niños de su edad, por ejemplo, en clases de música o en clubes deportivos, y de adquirir aptitudes sociales. En consecuencia, habían crecido aislados, dentro del seno familiar, donde, según los recurrentes, habían construido un fuerte lazo con los padres, que excluía a los demás. Por ello, los tribunales habían considerado con razón que se trataba de una “familia simbiótica”.

Ahora bien, el presente recurso se refiere a la compatibilidad de la privación temporal y parcial de la responsabilidad parental con el art. 8 de la Convención. Lo cierto es que la prohibición de la educación en casa en Alemania es un asunto subyacente, y la Corte ha decidido casos similares con anterioridad y ha sido declarada inadmisibles la parte pertinente de tales recursos (*v. Konrad and Others v. Germany, Dojan and Others v. Germany y Leuffen v. Germany*).

Las injerencias referidas constituyen una violación del art. 8 de la Convención a menos que persigan un objetivo legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática. Al respecto, los recurrentes argumentaron que tales injerencias no habían perseguido un objetivo legítimo, porque en lugar de proteger a los menores, los habían perjudicado. El Estado, sin embargo, declaró que las autoridades habían actuado con el objetivo de proteger la salud, los derechos y las libertades de los menores.

Los arts. 1666 y 1666.a del Código Civil alemán buscan proteger el interés superior de los menores a nivel físico, mental y psicológico, y nada parece indicar que en el caso hubieran sido aplicados con propósitos distintos. En consecuencia, la Corte está persuadida de que las autoridades alemanas actuaron persiguiendo el objetivo legítimo de proteger la salud, la moral, los derechos y las libertades de otros.

La cuestión de si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática exige considerar el caso en su globalidad y evaluar si las razones aducidas para justificar la medida eran pertinentes y suficientes. El art. 8 de la Convención exige alcanzar un equilibrio justo entre los intereses del menor y los de sus padres. De ese modo, se otorga una relevancia particular al interés superior del menor, que, de conformidad con su naturaleza e importancia, puede primar sobre el de sus padres.

En consideración de las razones aducidas para justificar las medidas adoptadas, la Corte debió tomar en consideración el margen de apreciación a ser acordado a las autoridades nacionales competentes, el cual varía de acuerdo con la naturaleza de las cuestiones y la gravedad de los intereses en juego. Por otra parte, tiene en cuenta la circunstancia de que las percepciones relativas a la pertinencia de la intervención por parte de las autoridades públicas en el cuidado de los menores varían de un Estado parte a otro, y dependen de factores tales como las tradiciones relativas al rol de la familia y a la intervención estatal en los asuntos familiares, así como también la disponibilidad de recursos para la adopción de medidas en esta área particular.

Ahora bien, la circunstancia de que un menor pueda ser trasladado a un ámbito más beneficioso para su desarrollo no justifica por sí sola la adopción de una medida que conduzca a la separación de los menores de sus padres biológicos. Deben existir otras circunstancias que indiquen la necesidad de una injerencia semejante en el derecho de los padres al gozo de la vida familiar con sus hijos.

Por otra parte, la Corte reiteró que ya ha examinado casos relativos al sistema alemán de asistencia escolar obligatoria y a la exclusión de la educación en casa, y ha constatado que el Estado, con la introducción de dicho sistema, se ha propuesto garantizar la integración de los menores a la sociedad con el fin de evitar el surgimiento de sociedades paralelas. Dichas consideraciones están en consonancia con la jurisprudencia de la Corte sobre la importancia del pluralismo en una democracia y entran dentro del margen de apreciación de los Estados partes con respecto al establecimiento y la interpretación de normas para sus sistemas educativos.

El cumplimiento con la asistencia escolar obligatoria para evitar el aislamiento social de los hijos de los recurrentes y garantizar su integración a la sociedad constituyó un motivo relevante para justificar la privación parcial de la responsabilidad parental. En efecto, las autoridades nacionales consideraron con razón y sobre la base de la información disponible que los menores estaban en peligro porque sus padres no los enviaban a la escuela y porque vivían en un sistema familiar “simbiótico”.

Pese a la afirmación de los recurrentes de que la evaluación a la que fueron sometidos sus hijos demostró que tenían un nivel suficiente de conocimientos, aptitudes sociales y una relación amorosa con los padres, la Corte observó que ni el Servicio Social de Menores ni los tribunales intervinientes contaban con esa información cuando se resolvió la privación temporaria y parcial de la responsabilidad

parental y se decidió trasladar a los hijos a un hogar de menores. Por el contrario, tomando en cuenta, por ejemplo, las declaraciones del Sr. Wunderlich relativas a que los hijos son “propiedad” de los padres, y también la información a disposición en ese momento, las autoridades consideraron con razón que los menores se encontraban aislados, que no tenían contacto con nadie fuera del ámbito familiar y que su integridad física estaba en peligro.

La Corte reiteró que las opiniones o evaluaciones erróneas de los profesionales no tornan incompatibles las medidas adoptadas para el cuidado de los menores con las exigencias del art. 8 de la Convención. Las autoridades médicas y del Servicio Social tienen el deber de proteger a los menores y no pueden considerarse responsables cada vez que retrospectivamente se demuestra que la preocupación genuina y razonable por la seguridad de los menores en el ámbito familiar ha sido errónea. Cabe agregar que la falta de disponibilidad de la información antes referida se debió a la resistencia de los recurrentes a permitir que la evaluación de conocimientos de sus hijos se realizara antes de que ellos fueran llevados al hogar de menores.

En relación con la cuestión de si las decisiones de privar a los padres parcialmente de su responsabilidad parental y colocar a los hijos en un hogar de menores fueron proporcionadas, lo cierto es que los tribunales nacionales brindaron detalles de los motivos por los que no existían medidas menos severas que pudieran ser adoptadas. La Corte advirtió que ni siquiera las multas administrativas tuvieron efecto sobre la negativa de los recurrentes a enviar a sus hijos a la escuela. En consecuencia, el proceder de los tribunales nacionales resulta aceptable.

Por otro lado, las medidas que implican una separación de padres e hijos exigen que no duren más de lo necesario y que el Estado adopte medidas para que, en lo posible, padres e hijos vuelvan a reunirse. En este sentido, los menores fueron devueltos a sus padres después de realizada la evaluación de conocimientos y de que los padres aceptaran enviar a sus hijos a la escuela. En consecuencia, es dable llegar a la conclusión de que la medida en cuestión no duró más de lo necesario y no fue implementada de manera severa o excepcional. En efecto, los recurrentes no formularon ningún reclamo sobre la colocación de sus hijos en una estructura determinada ni sobre el trato recibido.

La Corte concluyó que existían razones relevantes y suficientes para la privación parcial de la responsabilidad parental y el retiro temporario de los menores de su hogar. Las autoridades nacionales lograron alcanzar un equilibrio justo entre el interés superior de los menores y el de los recurrentes, que no sobrepasó el margen de apreciación otorgado a las autoridades nacionales.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sala Quinta, *Wunderlich v. Germany*, sentencia del 10-1-2019, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22document-collectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-188994%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22document-collectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-188994%22%5D%7D).



Derecho de la unión europea. Derecho a un proceso equitativo. Principio de legalidad. Responsabilidad de los funcionarios públicos. Diligencia debida del primer ministro. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Geir Hilmar Haarde fue primer ministro de Islandia entre 2006 y 2009.

En octubre de 2008 los principales bancos de Islandia quebraron. Ya avanzada la crisis, el día 6 de octubre de 2008, Haarde presentó un proyecto de ley que confería el control de los bancos a las autoridades y que fue puesto en práctica durante los días siguientes.

En diciembre de ese año, el Parlamento creó una comisión especial, la CSE, para realizar investigaciones y análisis sobre la crisis. Su fin, identificar errores y negligencias en la aplicación de leyes y reglamentos relativos a las actividades financieras de Islandia, como también determinar a quién cabía responsabilidad en el asunto. Su tarea no consistiría en investigar conductas delictivas, sino en informar al fiscal de Estado toda sospecha de conductas irregulares o violaciones de los deberes oficiales.

En 2009, Haarde declaró ante la CSE y, en 2010, la comisión lo encontró responsable de haber actuado de manera negligente. La CSE le solicitó la entrega de una contestación que, oportunamente, Haarde presentó. En abril, la comisión emitió una evaluación que encontraba culpables a Haarde y a otros dos ex ministros de no haber respondido de manera apropiada al peligro económico que significó para el país el deterioro bancario. Entretanto, el primer ministro había presentado su renuncia y asumía un nuevo Gobierno.

En 2009, el Parlamento, a su vez, formó un comité *ad hoc* encargado de examinar el informe de la CSE para determinar si se justificaba iniciar un proceso de acusación. El comité, compuesto por nueve miembros en representación de cada sector político, celebró reuniones, consultó las opiniones de expertos y recolectó evidencias tales como actas y correos electrónicos gubernamentales. En esa ocasión, Haarde también envió sus comentarios. Finalmente, el comité propuso la apertura del proceso de acusación del ex primer ministro que fue aprobada por votación en septiembre de 2010.

El tribunal que procesó al ex primer ministro estuvo compuesto por jueces profesionales y no profesionales. En mayo de 2011, le fueron imputados seis cargos. Posteriormente, el tribunal admitió un recurso interpuesto por Haarde a fin de que fueran desestimados dos de los cargos que se le imputaban. En abril de 2012, el tribunal lo encontró culpable de negligencia grave, en términos del art. 17 de la Constitución y del art. 8.c de la ley relativa a la responsabilidad de los ministros, por haber omitido, en medio de una crisis, la celebración de reuniones ministeriales alrededor de un asunto gubernamental importante. En particular, señaló que, desde febrero de 2008, los bancos y el tesoro público se encontraban en grave peligro y que Haarde debía estar al tanto de la situación. A pesar de ello, de las cincuenta y dos reuniones ministeriales celebradas entre febrero y octubre de 2008, solo en las

últimas cuatro se trató la cuestión. Sin embargo, Haarde no fue sancionado y el Estado enfrentó las costas del juicio. La sentencia no estaba sujeta a apelación.

Después de que el tribunal dictara sentencia, el 17 de octubre de 2012, Haarde interpuso una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, con fundamento en los arts. 6 (derecho a un proceso equitativo) y 7 (no hay pena sin ley) CEDH, en la que sostuvo que el proceso por votación iniciado en el Parlamento había sido deficiente, que el tribunal no había sido imparcial, y que los fundamentos jurídicos de la condena no habían sido lo suficientemente precisos y claros.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que no hubo violación del art. 6 (derecho a un proceso equitativo) ni del art. 7 (no hay pena sin ley).

Examinadas las etapas anteriores a la imputación —incluidas la investigación del comité parlamentario, la decisión de apertura del proceso de acusación y las acciones promovidas por el fiscal—, no surge ninguna arbitrariedad ni preferencia política que haya podido atentar contra la equidad del proceso.

El tribunal islandés respetó las exigencias de independencia e imparcialidad consagradas por la Convención Europea de Derechos Humanos, aun cuando estuviera compuesto, en parte, por jueces no profesionales nombrados por el Parlamento, dado que ninguno de ellos intervino en la causa de manera tendenciosa.

Haarde fue encontrado culpable de omisión según el art. 17 de la Constitución de Islandia y el art. 8 de la ley relativa a la responsabilidad de los ministros. El tribunal nacional expuso motivos de hecho y de derecho que justificaron el informe de culpabilidad y no se pronunció más allá de las pruebas presentadas. El delito imputado ha sido lo suficientemente descrito y debidamente examinado, y el primer ministro ha tenido oportunidad de responder a las acusaciones.

El tribunal examinó de manera profunda las cuestiones constitucionales planteadas, incluso los propios argumentos expuestos por Haarde. El art. 17 resulta de una importancia capital para el ordenamiento constitucional islandés. La Corte aprobó la posición de la jurisdicción islandesa según la cual el art. 17 no puede considerarse poco claro, aun cuando la noción de “cuestiones importantes de gobierno”, deber que el primer ministro fue encontrado culpable de infringir, pueda estar sujeta a interpretación.

Las conclusiones a las que llegó el tribunal islandés en cuanto a la interpretación de las disposiciones y su aplicabilidad en el caso señalan, precisamente, el poder de la jurisdicción para interpretar y aplicar el derecho nacional, y, además, que el delito imputado a Haarde resulta suficientemente definido por la ley. Esto implica que Haarde podría haber previsto que sus actos comportarían una responsabilidad penal en virtud de la Constitución y de la ley relativa a la responsabilidad de los ministros.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Haarde v. Iceland*, sentencia nro. 66847/12 del 23-11-2017, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178700>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y la correspondencia. Derecho a la libertad de expresión. Responsabilidad del Estado. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: la actora, Khadija Rovshan qizi Ismayilova, es una ciudadana azerbaiyana residente en Bakou. Trabajaba como periodista de investigación desde 2005, en particular, para Radio Azadliq (Radio Free Europe/ Radio Liberty). Su trabajo solía ser muy crítico del gobierno. Entre 2010 y 2012 investigó y expuso en los medios un caso de corrupción en el que estaban implicados los miembros de la familia del presidente de Azerbaiyán.

En marzo de 2012, Ismayilova recibió un sobre que contenía fotografías de un video que la mostraba en pleno acto sexual con su pareja. El video había sido filmado por medio de una cámara oculta en una habitación de su departamento. El sobre, apostado en Moscú, contenía además una amenaza escrita.

Poco después, el video fue publicado en internet. En 2013 fueron difundidos otros dos videos íntimos. Luego de haberse hecho público el primer video, tres periódicos controlados por el Estado publicaron artículos que acusaban a Ismayilova de falta de profesionalismo, de haber tomado partido contra el gobierno y de inmoralidad.

Ismayilova descubrió que habían sido escondidas en su departamento varias cámaras, además de la instalación de una línea telefónica y cables destinados a transmitir las imágenes grabadas. Por lo cual radicó una causa penal relativa a la carta de amenaza y las cámaras ocultas.

Solicitó diversas medidas de prueba. A partir de ellas pudo establecerse que un ingeniero en telecomunicaciones (empleado del operador estatal Baktelekom) había recibido la instrucción de instalar una segunda línea telefónica en casa de Ismayilova y había procedido a conectarla. Además, entre abril de 2012 y agosto de 2013, los fiscales ordenaron realizar una pericia del sobre que contenía la carta de amenaza, de las fotografías y de los cables descubiertos en el departamento.

En respuesta a las declaraciones públicas de Ismayilova, que reclamaban la falta de efectividad de la investigación, la fiscalía publicó en abril de 2012 un informe de avance que indicaba que habían recogido determinada cantidad de testimonios, entre ellos el de la pareja, amigos, colegas y parientes de la actora.

Inmediatamente, Ismayilova interpuso una acción civil. Alegó que el informe había revelado datos de su vida privada, a saber, los nombres completos y profesiones de amigos, colegas y miembros de su familia, además de la dirección de su domicilio y la identidad del hombre que aparecía en el video, su pareja.

El recurso presentado por Ismayilova fue desestimado como todos los anteriores. Los tribunales consideraron que, tras el reclamo público de Ismayilova por la falta de efectividad de la investigación, el informe había tenido la finalidad de impedir que el público se formara una opinión negativa de la fiscalía.

Entre 2013 y 2014, Ismayilova recurrió varias veces, sin éxito, ante los tribunales nacionales. Alegó que los fiscales retardaron la investigación y que

se limitaron a informarle, de modo impreciso, que la investigación seguía en curso. Ismayilova recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos (expediente n.º 30778/15).

Por otra parte, en 2014 había sido arrestada y detenida por malversación, fraude fiscal a gran escala y abuso de poder perpetrados mientras trabajaba para Radio Azadliq. Ismayilova fue parcialmente absuelta en 2016 y puesta en libertad.

Fundándose en el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), Ismayilova alegó que o el Estado había sido directamente responsable de las intrusiones a su vida privada, que ella calificó de muy graves —a saber, la carta de amenaza, las cámaras ocultas en su dormitorio y la publicación de los videos íntimos en internet— o, en todo caso, había faltado a su obligación de tomar medidas destinadas a proteger el derecho a la vida privada, por no haber llevado a cabo una investigación efectiva ni haber identificado a los responsables. En relación con este mismo artículo, alegó, además, que el informe de avance había revelado demasiados datos personales de carácter sensible, lo que exacerbó su sensación de estar en peligro.

El recurso fue interpuesto ante la Corte Europea de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2013.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que hubo dos violaciones del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en lo que concierne al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y la correspondencia, y una violación del art. 10, relativo a la libertad de expresión.

Art. 8 CEDH (en lo relativo a la carta de amenaza, la grabación oculta y la publicación de videos íntimos en internet):

La Corte consideró, por un lado, que no hay posibilidad de establecer “más allá de toda duda razonable” que el Estado haya sido responsable del muy grave atentado a la vida privada de Ismayilova. Los argumentos que presentó la actora reposan en efecto sobre pruebas o afirmaciones que deben ser corroboradas y requieren una investigación más profunda.

Por otro lado, el art. 8 de la Convención impone al Estado la obligación de investigar los actos que afrentaron la dignidad humana de Ismayilova. La carta de amenaza, el ingreso sin autorización a su departamento, seguido de la instalación de cables y de cámaras de video, la grabación oculta de imágenes que revelaron aspectos íntimos de su vida privada, como también la humillación pública que devino de la difusión de las imágenes, constituyeron un atentado grave, flagrante y extraordinariamente intenso a su vida privada.

Se atribuyeron carencias y retrasos significativos a la investigación llevada a cabo por la fiscalía. Sin embargo, es evidente que los delitos cometidos contra Ismayilova son consecuencia de una operación manifiestamente planificada, ejecutada con cuidado, y que requería una coordinación por parte de cierto número de individuos.

En primer lugar, el Gobierno se limitó a proveer copias de las decisiones que habían ordenado las medidas, sin demostrar que los actos hubieran sido efectivamente

ejecutados. Tampoco se realizó un interrogatorio formal del importante testimonio del ingeniero de Baktelekom, que habría permitido saber de parte de quién había recibido instrucciones. De hecho, según Ismayilova, un investigador que había estado presente durante una reunión con el ingeniero en su departamento, justo después de que ella hubiera descubierto las cámaras ocultas y los cables, había evitado oportunamente registrar las declaraciones del ingeniero.

Además, no surgió ningún elemento capaz de demostrar que la carta con las fotografías, aparentemente enviada desde Moscú, hubiera sido objeto de una investigación. Por ejemplo, habría sido posible presentar una demanda oficial ante las autoridades rusas.

Otra medida de investigación inmediata hubiera podido consistir en identificar a los propietarios y/u operadores de los dos sitios web utilizados para publicar los videos, a fin de determinar la procedencia de las imágenes y la identidad de los responsables de la publicación.

Particularmente, los fiscales no buscaron determinar la existencia de un vínculo entre el hecho de que Ismayilova tuviera opiniones muy críticas del gobierno y la serie de actos delictivos perpetrados en su contra.

No obstante las apelaciones de Ismayilova, no hubo ningún avance en la investigación después de agosto de 2013.

La Corte estimó que las autoridades azerbaiyanas no honraron la obligación impuesta por el art. 8 de proteger la vida privada de Ismayilova dadas las significativas carencias de la investigación y la duración total del proceso.

Art. 8 CEDH (en lo relativo a la publicación de datos personales en el informe de avance de la investigación):

Ismayilova denunció que el informe de avance había divulgado datos privados de manera excesiva e inútil. La Corte consideró que la publicación de información personal constituyó manifiestamente una violación injustificada del derecho a la vida privada.

Limitándose a declarar que el informe tenía como finalidad comunicar al público de los avances de la investigación, el Gobierno no explicó cuál había sido el objetivo legítimo detrás de la publicación de la dirección y la identidad de la pareja de una persona que había sido filmada sin saberlo, y de manera ilegal, en la intimidad de su domicilio mientras mantenía relaciones sexuales.

De hecho, dado que la investigación se centró en una intrusión injustificada y flagrante en la vida privada de Ismayilova, las autoridades deberían haberse cerciorado de no agravar el perjuicio de los derechos de la actora.

Art. 10 CEDH (en lo relativo a la libertad de expresión):

La carta de amenaza dirigida a Ismayilova estaba vinculada con su actividad como periodista profesional. Además, la Corte tuvo en cuenta la información relativa a la situación general de los periodistas en Azerbaiyán, sobre todo en cuanto a la persecución que sufren, que ha llegado en ocasiones a la agresión física, y percibió

que los responsables de estos actos se beneficiaron de su impunidad. Ismayilova misma expresó que había denunciado haber sido víctima de una campaña en su contra como represalia de su trabajo periodístico.

En una situación semejante, el Estado no solo debe tomar medidas para proteger la vida privada, sino que también tiene la obligación, derivada del art. 10 de la Convención, de proteger la libertad de expresión de la actora. Los retardos y carencias de la investigación, los artículos publicados en periódicos oficialistas, así como la divulgación por parte de las autoridades del informe de avance que, sin razón aparente, contenía información relativa a la vida privada de la actora, vienen a agravar la situación. Todos estos elementos son contrarios a la protección del periodismo.

Las autoridades no respetaron la obligación, prevista por el art. 10, de proteger la libertad de expresión de Ismayilova.

Azerbaiyán debe pagar €15 000 a la actora por perjuicio moral y €1759 en concepto de costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia *Khadija Ismayilova c. Azerbaidjan* (65286/13), del 10-1-2019, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-188993%22%5D%7D>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho ambiental. Concepto de “derecho medioambiental” en términos del derecho de la Unión. Biotecnología. Organismos genéticamente modificados. Derecho a la salud. Salud pública. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: entre 2007 y 2010, las sociedades Pioneer Overseas y Monsanto Europe solicitaron una autorización para comercializar alimentos, ingredientes alimentarios y piensos que contuvieran, estuvieran compuestos o se hubieran producido a partir de soja modificada genéticamente (soja 305423, MON 87769 y MON 87705).

Para cada una de esas solicitudes, la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA, por sus siglas en inglés) emitió dictámenes relativos a la soja genéticamente modificada. Consideró que, en lo que respecta a los efectos potenciales sobre la salud humana y animal o sobre el medio ambiente, la soja modificada genéticamente, en el marco de los usos previstos, es tan segura como las variantes no modificadas genéticamente.

De acuerdo con tales dictámenes de la EFSA, la Comisión Europea, mediante una serie de decisiones de fecha 24 de abril de 2015, autorizó la comercialización de los productos solicitados, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente.

TestBioTech —una asociación sin fines de lucro registrada en Alemania, cuyo objeto es fomentar la investigación independiente y promover debates públicos sobre las repercusiones de la biotecnología— se opone a que se introduzcan tales productos en el mercado. Entonces, sobre la base del art. 10 del Reglamento (CE) n.º 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (en adelante, Reglamento Aarhus), TestBioTech solicitó a la Comisión que efectuara una revisión interna de esas autorizaciones.

En noviembre de 2015, la Comisión denegó —en gran parte— la solicitud de revisión, al entender que los aspectos relacionados con la evaluación sanitaria de los alimentos o de los piensos modificados genéticamente no pueden ser examinados en el marco del Reglamento Aarhus, puesto que no conciernen a la evaluación del riesgo para el medio ambiente, sino más bien al ámbito de la salud.

TestBioTech interpuso entonces un recurso ante el Tribunal General de la Unión Europea para obtener la anulación de la decisión denegatoria de la Comisión. Sostuvo que la solicitud de revisión interna se refiere plenamente a cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Aarhus. A este respecto, alegó que las autorizaciones de comercialización concedidas en virtud del Reglamento n.º 1829/2003 constituyen actos regidos por el Derecho medioambiental en el sentido del Reglamento Aarhus, y que el impacto de los organismos modificados genéticamente sobre las personas es una cuestión de salud relacionada con el estado del medio ambiente.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión europea anuló la decisión de la Comisión.

En primer lugar, el Reglamento n.º 1829/2003, que sirve de fundamento a las autorizaciones del 24 de abril de 2015, versa sobre materia regida por el Derecho medioambiental en el sentido del Reglamento Aarhus. Tales autorizaciones, por lo tanto, pueden ser objeto de revisión interna.

En lo que respecta a la cuestión de si la argumentación esgrimida por TestBioTech en su solicitud de revisión abarca el ámbito del derecho medioambiental en el sentido del Reglamento Aarhus, se observa que, para poder transformar cualquier organismo modificado genéticamente en alimento o en pienso, primero es necesario cultivarlo. Mientras son cultivados, este tipo de organismos forma parte, en principio, del medio ambiente natural y, en consecuencia, constituye uno más de sus elementos. Así, las disposiciones del reglamento sobre el etiquetado de los organismos modificados genéticamente, que tratan acerca de sus consecuencias sobre la salud humana o animal, también tienen por objeto una materia medioambiental.

El concepto de “derecho medioambiental” en el sentido del Reglamento Aarhus abarca cualquier disposición legislativa de la Unión en materia de organismos modificados genéticamente con vistas a la gestión del riesgo para la salud humana

o animal derivado de ellos o causado por factores medioambientales que puedan afectarlos mientras son cultivados o producidos en el medio ambiente natural. Esta conclusión se aplica del mismo modo a las situaciones en las que los organismos modificados genéticamente fueron cultivados fuera de la Unión.

La Comisión adujo que las referencias a la salud pública que aparecen en las disposiciones relativas al medio ambiente no persiguen integrarla totalmente en el derecho medioambiental. Agregó que los puntos desarrollados en la solicitud de revisión no son reveladores del estado de los elementos del medio ambiente ni tienen conexión con tal estado. De cualquier manera, lo cierto es que la protección de la salud de las personas es uno de los objetivos de la política de la Unión en materia ambiental. Sin embargo, la Comisión acertó al señalar que el art. 10 del Reglamento n.º 1367/2006 no persigue integrar totalmente el ámbito de la salud pública en el derecho medioambiental.

Ahora bien, en el presente caso, la solicitud de revisión interna es admisible en la medida en que denuncie que las autorizaciones vulneran el derecho medioambiental. A este respecto, los alimentos y los piensos no deben ser comercializados en el mercado si tienen efectos negativos sobre la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente. Cuando se cultivaron, las sojas 305423, MON 87769 y MON 87705 constituían elementos alterados por la intervención humana que interactuaban con el medio ambiente natural. De este modo, las alteraciones genéticas de esos elementos del medio ambiente podían acarrear consecuencias en su valor nutricional o representar un riesgo para la seguridad alimentaria. Se trata, por lo tanto, de cuestiones regidas por el Derecho medioambiental en el sentido del Reglamento n.º 1367/2006.

Además, los piensos, que son también objeto de las autorizaciones, pueden ser consumidos por animales que interactúan con el medio ambiente o son parte de él. Así, estos animales constituyen también elementos del medio ambiente, y las consecuencias que afectan el valor nutricional de los piensos en cuestión, o el hecho de que puedan contravenir la seguridad alimentaria, representan, por lo tanto, cuestiones regidas por el derecho medioambiental en el sentido del Reglamento n.º 1367/2006.

En conclusión, las posiciones esgrimidas por TestBioTech en su solicitud de revisión están perfectamente comprendidas en el ámbito del derecho medioambiental, en el sentido del Reglamento Aarhus. Por ello, la Comisión incurrió en un error al declarar que las referidas alegaciones no podían ser objeto de examen en aplicación del art. 10 del Reglamento n.º 1367/2006. En consecuencia, corresponde anular la decisión denegatoria de la Comisión, que ha de volver a pronunciarse sobre la solicitud de TestBioTech.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: 1) Contra las resoluciones del Tribunal General puede interponerse un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, limitado a cuestiones de derecho, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución. 2) El recurso de anulación sirve para solicitar que se anulen actos de las instituciones de la Unión contrarios al derecho de la Unión. Bajo ciertos requisitos, los Estados miembros, las instituciones europeas y los particulares pueden interponer un recurso

de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o ante el Tribunal General de la Unión Europea. Si el recurso se declara fundado, el acto se anula y la institución de que se trate debe resolver el eventual vacío jurídico creado por la anulación.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto T-33/16, *TestBioTech eV c. Comisión Europea*, sentencia del 14-3-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200243&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=644282>.



Derecho de la unión europea. Derecho de familia. Reclamo de filiación. Paternidad extramatrimonial. Exigibilidad de la prueba de ADN dispuesta judicialmente. Derecho a la intimidad. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Derecho a la identidad. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: el ciudadano británico Francesco Saverio Mifsud nació en 1925. En diciembre de 2012, X, una mujer de alrededor de 55 años, inició acciones legales ante el Tribunal Civil (Sala de Familia), en la ciudad de Birkirkara, Malta, para obtener una declaración de que su padre biológico era Mifsud y a fin de que ese dato constara en su acta de nacimiento.

Dos meses más tarde, el director del Registro Civil solicitó a ese tribunal el dictado de una resolución que dispusiera que, en virtud de lo dispuesto en el art. 100.A del Código Civil, las partes se sometieran a un examen genético.

Mifsud negó haber participado en la concepción de X y opuso una excepción —*exceptio plurium concubentium*— alegando que la madre había tenido varias parejas. Por su parte, X afirmó que había nacido en Londres de una relación entre su madre y Mifsud, que desde temprana edad se le había dicho que él era su padre, y que entre 1978 y 1998 había tenido trato con él y había residido en propiedades que él tenía en la isla de Malta y que se las había ofrecido, hasta que fue desalojada y la relación entre ellos se deterioró.

En mayo de 2013, fundándose en lo dispuesto en el art. 100.A del Código Civil, X solicitó al tribunal una orden para que ella y Mifsud se sometieran a un examen genético. Mifsud se negó alegando que la orden resultaba violatoria de los derechos garantizados por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Al mismo tiempo, solicitó al tribunal que el caso fuera remitido al fuero constitucional, cuestionó la circunstancia de que la solicitud de X hubiera sido presentada cincuenta y tres años después de su nacimiento e hizo notar que, a raíz de su edad avanzada, cualquier intervención podía afectar negativamente su salud.

El tribunal concluyó que las pruebas de ADN no resultarían violatorias del art. 8 de la Convención y que la edad de X era irrelevante en el contexto de la búsqueda de su padre biológico, más aún cuando hacía mucho tiempo que ella intentaba determinar su paternidad y cuando durante algunos años había tenido trato con Mifsud.

Este apeló la sentencia ante el Tribunal Constitucional, el cual consideró que el tribunal civil había tenido en cuenta la proporcionalidad de la medida y que, si bien se había focalizado especialmente en los aspectos jurídicos del caso, no significaba que no hubiera tomado en consideración los elementos fácticos pertinentes. Asimismo, se refirió a la circunstancia de que durante varios años X había buscado la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal y que deseaba enmendar su acta de nacimiento en la que se leía “padre desconocido”, para evitar ser humillada cada vez que la presentaba. Por otro lado, salvo su edad avanzada, la humillación de someterse a un examen genético (mediante un hisopado bucal) y los problemas que la confirmación de la paternidad podría causarle, Mifsud no había referido otros efectos negativos.

El Tribunal Constitucional reconoció el derecho de X a que se determinara su paternidad por las razones aducidas por ella, en particular por intereses morales y patrimoniales. Por otro lado, observó que Mifsud no había aducido motivos suficientemente válidos para determinar que la aplicación del art. 100.A del Código Civil sería violatoria de los derechos garantizados por el art. 8 de la Convención. En efecto, el art. 8.2 admite expresamente una injerencia legítima en la vida privada de una persona, en tanto sea necesaria para “la protección de los derechos y las libertades de los demás”, circunstancia que correspondía precisamente al caso en cuestión. Por otra parte, lo cierto es que los efectos negativos invocados por Mifsud no eran más relevantes que los intereses de X.

En octubre de 2015, el tribunal de primera instancia, de conformidad con la decisión del Tribunal Constitucional, ordenó a Mifsud someterse a un examen genético. Unos meses más tarde, el resultado arrojó que había un 99.9998 % de probabilidades de que Mifsud fuera el padre de X.

En junio de 2017, el tribunal declaró que X era la hija biológica de Mifsud y ordenó al director del Registro Civil efectuar los cambios pertinentes en su acta de nacimiento.

Entonces, Mifsud recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos e invocó una violación del derecho garantizado en el art. 8 de la Convención, toda vez que la legislación maltesa le exigía la obligación de realizar un examen genético en contra de su voluntad.

El 3 de diciembre de ese año, Mifsud falleció. Entonces, Margaret Mifsud, su esposa y heredera, continuó con el proceso.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que no hubo una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El recurrente sostiene que la obligatoriedad de realizar el examen genético no se ajusta a la ley, toda vez que: a) es violatoria del principio de igualdad de armas porque obliga a una de las partes a iniciar un proceso de filiación para aportar pruebas contra sí misma pese a que la parte contraria no tenga la posibilidad de cumplir con la necesaria carga de la prueba en las acciones civiles; b) no está sujeta, en virtud de su carácter obligatorio, a valoración por parte de los tribunales nacionales, y c) sus consecuencias son imprevisibles en caso de que una persona se niegue a someterse al examen genético.

En opinión de la Corte, la medida impugnada —conforme a lo dispuesto por el art. 8 de la Convención— se ajusta a la ley. En efecto, los asuntos relativos a la legalidad de la medida, tales como sus implicancias en el proceso, su carácter automático y su presunta imprevisibilidad, están, en ciertos casos, estrechamente ligados a la cuestión de la proporcionalidad. Es dable considerar que la injerencia en cuestión perseguía un “objetivo legítimo”, a saber, la protección de los derechos y libertades de los demás. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el respeto por la vida privada exige que todas las personas tengan la posibilidad de averiguar los detalles de su propia identidad. Asimismo, el derecho a tal información reviste una importancia especial debido a las implicancias que tiene para la formación de la personalidad, derecho que abarca develar la verdad en relación con aspectos relevantes de la identidad personal, como, por ejemplo, la identidad de los progenitores. Por ello, al prever la realización del examen genético, el Estado procuró cumplir con sus obligaciones positivas para con X.

El recurrente objeta que la ley no es respetuosa del principio de igualdad de armas en lo que respecta al momento en que se dictó la orden para realizar el estudio genético, y a la importancia acordada a dicha prueba y su naturaleza autoincriminatoria. Ahora bien, no es posible coincidir con tal objeción porque ambas partes tuvieron —en igualdad de condiciones— la oportunidad de presentar pruebas ante el tribunal. En principio, cabe reiterar que el examen de ADN constituye un método científico actual y su valor probatorio supera considerablemente cualquier otra evidencia presentada por las partes para probar o desaprobar la paternidad biológica. Esta circunstancia no cuestiona por sí misma el derecho de las partes a iniciar acciones legales. En efecto, en este caso, el recurrente tuvo la oportunidad de estar presente, así como de aportar pruebas e interrogar testigos, pese a que en las audiencias prefirió ser representado por su abogado patrocinante. En consecuencia, cabe afirmar que el recurrente ha estado involucrado en el proceso de toma de decisiones en una medida suficiente y se le ha garantizado la protección de sus intereses.

En segundo lugar, en la esfera de lo penal, el art. 8 de la Convención no prohíbe el recurso a un procedimiento médico en contra de la voluntad de un sospechoso o de un testigo con el fin de obtener una prueba. Por otra parte, dichos métodos, aun en la esfera civil, no son contrarios al Estado de derecho y a la justicia natural.

En otro orden de cosas, la Corte reiteró que correspondía a las autoridades nacionales, en particular a los tribunales, interpretar y aplicar la ley nacional y

que no le competía interpretarla ni manifestar una opinión sobre la idoneidad de los métodos elegidos por el legislador de un Estado demandado. Su tarea se limita a determinar si los métodos adoptados y los efectos resultantes se ajustan a la Convención. En efecto, en virtud del art. 100.A del Código Civil de Malta, el tribunal puede dictar una orden para que dichos exámenes genéticos sean realizados, mas, en la práctica, es poco plausible que un tribunal dicte una orden semejante sin tener en cuenta otras consideraciones. Además, una vez dictada, la orden puede ser apelada.

El tribunal de primera instancia se abstuvo de dictar la orden para la realización del examen genético cuando ello le fue solicitado y decidió, en su lugar, celebrar una audiencia para evaluar las objeciones del recurrente. Después de escuchar sus declaraciones, el tribunal consideró que los problemas del recurrente no eran menores y los remitió al fuero constitucional, donde se procedió a evaluar los intereses en juego y se llegó a la conclusión de que el interés de X revestía mayor importancia que el del recurrente. Ahora bien, tales decisiones no resultan arbitrarias y, además, fueron tomadas teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte. En efecto, la orden para el examen genético fue dictada tras procesos constitucionales de pleno derecho llevados a cabo a petición del recurrente. De hecho, pese a que los procesos pueden ser engorrosos y largos (tanto para las partes como para el sistema judicial), sirvieron para evaluar los intereses en juego y determinar si el dictado de la orden del examen genético era violatorio de los derechos garantizados por el art. 8 de la Convención. En consecuencia, cabe afirmar que la orden no fue dictada sobre la base de su naturaleza imperativa y que, en su conjunto, el proceso de toma de decisiones fue justo y brindó al recurrente la protección requerida por el art. 8. Asimismo, la medida, orientada a proteger los derechos de X, fue necesaria en una sociedad democrática.

En conclusión, al exigir al recurrente que se sometiera al examen genético, y después de realizar el balance requerido de los intereses en juego, en un proceso judicial en el que Mifsud fue patrocinado por un abogado de su elección y donde su derecho de defensa fue respetado al igual que el de X, los tribunales nacionales realizaron un balance justo entre el interés de que se estableciera su paternidad y el del recurrente de no someterse al examen genético.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sala Tercera, *Mifsud v. Malta*, sentencia del 29-1-2019, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189641>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho penal. Derecho a la libertad personal. Prisión preventiva. Control de legalidad de la medida cautelar. Derecho al debido proceso. Derecho de defensa. Plazo razonable. Derechos políticos. Derecho a elecciones libres. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Selahattin Demirtaş es un político turco, miembro de la Gran Asamblea Nacional de Turquía desde 2007. Cumplía funciones como copresidente del Partido Democrático de los Pueblos (HDP, un partido prokurdo de izquierda) cuando fue detenido.

En septiembre y octubre de 2014, miembros del Estado Islámico lanzaron una ofensiva sobre la ciudad siria de Kobanî, a 15 km de distancia de la ciudad fronteriza turca de Suruç. En esa ocasión, hubo enfrentamientos armados entre el Estado Islámico y las Unidades de Protección Popular kurdas (YPG), una organización fundada en Siria que el Estado turco considera como terrorista por sus vínculos con el PKK (Partido de los Trabajadores de Kurdistán). A partir del 2 de octubre de 2014, se organizaron numerosas manifestaciones en Turquía y muchas ONG locales e internacionales se solidarizaron con la ciudad de Kobanî, en contra del sitio del Estado Islámico. A partir del 6 de octubre de 2014, la violencia de las manifestaciones aumentó.

A fines de 2012 y en enero de 2013, se impulsó un proceso de paz con el fin de encontrar una solución pacífica y definitiva a la “cuestión kurda”. Se realizaron numerosas reformas destinadas a mejorar la protección de los derechos humanos. En febrero de 2015, un grupo de diputados del HDP, junto con el entonces vice primer ministro, presentaron una declaración de reconciliación denominada “consenso de Dolmabahçe”.

El HDP obtuvo el 13 % de los votos en las elecciones legislativas de 2015, el piso necesario para conseguir representación en la Asamblea Nacional, mientras que el Partido de la Justicia y el Desarrollo (AKP), el partido oficialista, perdía su mayoría en el Parlamento. El 20 de julio de 2015, hubo un ataque terrorista en Suruç, presuntamente cometido por el Estado Islámico, en el que murieron treinta y cuatro personas y más de cien resultaron heridas. El 22 de julio de 2015, además, murieron dos policías durante un ataque terrorista en Ceylanpınar. Los asesinatos, cometidos por los miembros del PKK, marcaron el fin del proceso de paz. Luego del ataque, los dirigentes del PKK llamaron a la población a armarse y a cavar pasajes subterráneos para utilizarlos en caso de enfrentamientos armados. Pidieron la proclamación de un sistema político de autogobierno y anunciaron que todos los funcionarios de la región, a partir de entonces, serían considerados cómplices del AKP y que corrían riesgo de convertirse en blanco de ataques. En noviembre de 2015, el HDP obtuvo el 10 % de los votos y el AKP ganó las elecciones, por lo que restableció su mayoría parlamentaria.

El 20 de mayo de 2016, la Asamblea Nacional aprobó una reforma constitucional con efecto retroactivo según la cual la inmunidad parlamentaria debía

ser retirada en todos los casos en que así se lo exigiera en Asamblea. La reforma constitucional fue votada por ciento cincuenta y cuatro diputados, de los cuales cincuenta y cinco pertenecían al HDP. En diferentes fechas, catorce diputados pertenecientes al HDP, del cual Demirtaş formaba parte, y un diputado del Partido Republicano del Pueblo (CHP) fueron puestos en detención preventiva en el marco de una serie de investigaciones penales dirigidas en su contra.

Sesenta y seis diputados solicitaron ante el Tribunal Constitucional la anulación de la reforma constitucional, y alegaron que debía ser considerada como una decisión parlamentaria. El Tribunal Constitucional, por unanimidad, declaró inadmisibile el recurso, con el argumento de que se trataba de una reforma constitucional en el sentido formal del término y no de un acto parlamentario. Agregó que el control de constitucionalidad de la reforma en cuestión podía realizarse de conformidad con el procedimiento descrito por el art. 148 de la Constitución, según el cual solamente el presidente de la República o bien un quinto de los quinientos cincuenta miembros de la Asamblea Nacional pueden solicitar una revisión de esta naturaleza ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, luego de haber observado que en este caso dichos presupuestos no se habían cumplido, declaró inadmisibile el recurso.

Durante el mandato parlamentario de Demirtaş los fiscales de distrito presentaron treinta y un informes de investigación en su contra, la mayoría relacionados con el delito de terrorismo, que fueron acumulados en un mismo expediente por el fiscal de Diyarbakir. Los fiscales competentes lo citaron seis veces a prestar declaración, pero Demirtaş no se presentó. El 4 de noviembre de 2016, fue detenido en su domicilio y puesto bajo custodia. El mismo día, con asistencia de tres abogados, se presentó ante el fiscal y declaró haber sido detenido y colocado bajo custodia en razón de sus actividades políticas y por orden del Presidente de la República. Declaró que no respondería a preguntas relativas a las acusaciones en su contra. El fiscal pidió su detención preventiva por pertenecer a una organización terrorista armada y por incitar al delito.

El 8 de noviembre de 2016, Demirtaş presentó un recurso contra la resolución que ordenó su prisión preventiva, pero fue desestimado.

El 11 de enero de 2017, el fiscal le imputó al recurrente los siguientes delitos: la fundación o dirección de una organización terrorista armada, la propaganda de una organización terrorista, la incitación al delito, la apología del crimen y de criminales, la incitación al odio y la hostilidad, la incitación a desobedecer la ley, la organización y participación de reuniones y manifestaciones ilegales, y el desacato a las órdenes de las fuerzas de seguridad dirigidas a dispersar una manifestación ilegal. Solicitó una pena de reclusión de entre cuarenta y tres y ciento cuarenta y dos años. El 22 de marzo de 2017, a pedido del Ministerio de Justicia y a fin de evitar problemas de seguridad pública, el Tribunal de Casación transfirió la causa al Tribunal Penal de Ankara.

Durante el proceso penal, Demirtaş declaró haber sido detenido por sus opiniones políticas y negó haber cometido delito alguno. Durante la investigación y el proceso, presentó más de quince recursos en contra del mantenimiento de su prisión preventiva. La causa continúa pendiente ante el Tribunal Penal de Ankara.

El 17 de noviembre de 2016 y el 29 de mayo de 2018, Demirtaş presentó sendos recursos ante el Tribunal Constitucional. El primer recurso fue declarado inadmisibile; el segundo aún continúa pendiente de resolución.

El peticionante recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos el 20 de febrero de 2017. En invocación del art. 5, párrafos 1 y 3 (derecho a la libertad y a la seguridad, y derecho de toda persona detenida o privada de libertad a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento), el peticionante alegó que su detención y mantenimiento en prisión preventiva habían sido arbitrarios; se agravió asimismo de la excesiva duración de su prisión preventiva, así como del hecho de que las decisiones judiciales que la habían ordenado y habían resuelto su extensión estuvieran fundadas, solamente, en una simple cita de las causales que habilitan el dictado de prisión preventiva previstas por la ley, y hubiesen sido formuladas en términos abstractos, repetitivos y estereotipados. En invocación del art. 5, párr. 4 (derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de la detención), el requirente alegó que el hecho de que no le hubieran permitido acceder al expediente de la investigación le había impedido impugnar eficazmente la resolución que ordenaba su detención preventiva. Sostuvo que el proceso no había respetado la condición de “breve plazo” requerida por la Convención. El peticionante manifestó además que su detención preventiva constituía una violación del art. 3 del Protocolo n.º 1 (derecho a elecciones libres). En invocación del art. 18 (limitación de la aplicación de las restricciones de derechos), en conjunción con el art. 5, párr. 3, manifestó haber sido detenido por expresar opiniones críticas del poder político. Alegó, a este respecto, que el objetivo de su detención preventiva era hacerlo callar, y denunció la violación del art. 10 (libertad de expresión) y del art. 34 (demandas individuales).

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que el Estado turco deberá tomar todas las medidas necesarias para poner fin a la prisión preventiva del requirente. No hubo violación del art. 5, párr. 1, de la Convención (derecho a la libertad y a la seguridad), ni del art. 5, párr. 4 (derecho a que el organismo judicial se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de la detención). Hubo violación del art. 5, párr. 3 (derecho a ser conducido sin dilación ante un juez); del art. 18 (limitación de las restricciones de derechos) en conjunción con el 5, párr. 3, y del art. 3 del Protocolo n.º 1 (derecho a elecciones libres).

Art. 5.1:

La interpretación y aplicación del derecho interno por parte del Tribunal Constitucional no resultan arbitrarias ni poco razonables. Demirtaş fue puesto y mantenido en prisión preventiva luego de que se le quitara su inmunidad parlamentaria, en términos de los arts. 100 y ss. del Código Procesal Penal. Por lo tanto, este punto del recurso es inadmisibile por infundado.

En el transcurso del mandato parlamentario de Demirtaş, se presentaron treinta y un informes de investigación ante la Asamblea Nacional en el marco del proceso

por el que se solicitó la supresión de su inmunidad parlamentaria. Los informes penales fueron acumulados en un mismo expediente. Luego de que el requirente rechazara presentarse ante las autoridades que llevaban a cabo la investigación, fue arrestado y puesto bajo custodia el 4 de noviembre de 2016. Demirtaş fue privado de su libertad bajo sospecha de haber cometido diversos delitos, algunos de ellos ligados al terrorismo. Las autoridades nacionales, en especial los jueces de primera instancia y el Tribunal Constitucional, consideraron que era posible concluir que Demirtaş actuó de conformidad con las instrucciones de dirigentes de una organización terrorista. Habida cuenta de las exigencias del art. 5, párr. 1, de la Convención en cuanto a la necesidad de justificar dicha presunción con pruebas de los hechos, la Corte estimó que el expediente contenía documentación suficiente como para persuadir a un observador objetivo de que Demirtaş podía haber cometido al menos una parte de los delitos de los que se lo imputó. La Corte consideró, además, que cabe concluir que Demirtaş fue arrestado y detenido con fundamento en razones suficientes para suponer que hubiera cometido un delito y que, por lo tanto, no hubo violación del art. 5, párr. 1, de la Convención.

Art. 5.3:

Demirtaş se encuentra detenido en prisión preventiva desde el 4 de noviembre de 2016. En lo que concierne a la existencia de elementos de prueba concretos que permitan suponer que Demirtaş cometió un delito, la Corte admitió que las presunciones explican su detención de modo suficiente. Los jueces que se pronunciaron respecto de su detención también se fundaron en el hecho de que los delitos presuntamente cometidos estaban comprendidos dentro de la enumeración del art. 100, párr. 3 del Código Procesal Penal. Ahora bien, en términos de la disposición, en lo que respecta a determinados delitos, el derecho turco prevé la posibilidad de detención preventiva automática en los supuestos de riesgo de fuga, alteración de pruebas y presión sobre testigos, víctimas y otras personas.

A este respecto, la Corte reafirmó que todo sistema de prisión preventiva automática es en sí incompatible con el art. 5, párr. 3, de la Convención. Cuando la ley prevé este tipo de supuestos, se debe demostrar de manera convincente la existencia de hechos concretos que permitan apartarse de la regla de respeto de la libertad personal. En este caso, la conclusión de las jurisdicciones nacionales de que las medidas alternativas a la detención parecen ser insuficientes se halla desprovista de un análisis de la situación personal del interesado. La Corte consideró que las autoridades judiciales no han especificado lo suficiente las circunstancias concretas que demuestren la existencia de algún riesgo de este tipo ni precisado, en tal caso, cómo tales riesgos se han determinado y cómo han persistido durante un período tan prolongado.

Los tribunales nacionales mantuvieron a Demirtaş en prisión preventiva con fundamento en el número y la naturaleza de sus delitos. Además, tomaron en cuenta la gravedad de las penas previstas por la ley para este tipo de delitos.

Si bien pueden justificar la detención preventiva inicial de Demirtaş, como sostiene el Tribunal Constitucional, la Corte estimó que los delitos no pueden, por sí

solos, justificar la prolongación de la detención del interesado, en particular durante un estadio avanzado del proceso.

Los tribunales nacionales se fundaron, por otra parte, en el hecho de que Demirtaş no se hubiera presentado ante las autoridades de instrucción como forma de justificar la prolongación de su detención. El Tribunal Constitucional consideró que existía un riesgo de fuga, pero las autoridades jurisdiccionales no explicaron en qué sentido el hecho de que Demirtaş no se presentara podía implicar un riesgo de fuga, considerando que en el momento de los hechos cumplía funciones como copresidente del tercer partido político con mayor representación en la Asamblea Nacional. La Corte consideró relevante, en este sentido, la disidencia de uno de los jueces del Tribunal Constitucional, que informa que Demirtaş había viajado al extranjero en varias ocasiones y que siempre regresó, por lo cual no existen razones para suponer un intento de fuga. La Corte señaló, asimismo, que desde hacía mucho tiempo el interesado estaba al corriente de las investigaciones en su contra y de la gravedad de los delitos de los que se lo imputaba, sin por eso haberse dado a la fuga.

Los demás fundamentos presentados por los jueces nacionales para justificar la detención de Demirtaş consisten en una enumeración estereotipada de los presupuestos con alcance general de la medida cautelar bajo examen. Es notable la ausencia de análisis en profundidad respecto de las argumentaciones a favor de su puesta en libertad. Las resoluciones redactadas en términos estereotipados no pueden considerarse suficientes para justificar la detención (y la prolongación de dicha detención) preventiva de una persona.

Considerando que los fundamentos ofrecidos por los tribunales nacionales respecto de la prolongación de la detención de Demirtaş no son suficientes para justificar la duración de su detención, hubo una violación del art. 5, párr. 3 de la Convención.

Art. 5.4:

En cuanto al argumento presentado por el peticionante respecto de la imposibilidad de acceder al expediente, la Corte reconoció, tal como sostuvo el Tribunal Constitucional, que Demirtaş tuvo libre acceso a los informes de investigación presentados ante la Asamblea Nacional. Además, si bien el recurrente no tuvo un acceso ilimitado a los elementos de prueba, tuvo suficiente conocimiento respecto del tenor de los elementos de prueba en los que se fundó su detención y, por lo tanto, tuvo plena posibilidad de contestar los argumentos en su contra. Por esta razón, se declaró inadmisibles este punto del recurso por infundado.

En lo que concierne al planteo de Demirtaş respecto de que el proceso no respetó la condición de “breve plazo” requerido por la Convención para el pronunciamiento sobre la legalidad de la detención, debe tenerse en cuenta la complejidad particular del asunto: uno de los primeros casos tipo relativos a la detención preventiva de un diputado luego de que le fuera retirada su inmunidad parlamentaria. La Corte estimó que, además, es necesario tener en cuenta la excepcional carga de trabajo que tuvo que sobrellevar el Tribunal Constitucional

luego de la declaración del estado de emergencia en julio de 2016. Demirtaş presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional el 17 de noviembre de 2016, y el Tribunal dictó sentencia el 21 de diciembre de 2017. Aunque el plazo de trece meses y cuatro días no puede considerarse breve en una situación ordinaria, en las circunstancias específicas del caso, la Corte consideró que no hubo violación del art. 5, párr. 4 de la Convención.

Art. 3 del Protocolo n.º 1:

Este es el primer caso en que la Corte debió examinar un recurso basado en el art. 3 del Protocolo n.º 1 de la Convención en relación con las consecuencias de mantener en prisión preventiva a un legislador electo.

El derecho a elecciones libres no se limita a la simple posibilidad de participar en las elecciones legislativas. Una vez electa, la persona tiene derecho a ejercer su mandato.

Dado que Demirtaş fue puesto en prisión preventiva el 4 de noviembre de 2016 y que su mandato concluía el 24 de junio de 2018, no tuvo posibilidad de participar en las actividades del cuerpo legislativo durante un año, siete meses y veinte días, lo cual puede considerarse como una injerencia en el ejercicio del derecho a cumplir el mandato previsto. En cuanto a la conformidad de la prisión preventiva respecto de la legislación nacional, la Corte admitió que dicha injerencia respondió a un fin legítimo, a saber, cumplir con las exigencias del orden público.

La Corte consideró, sin embargo, que ni los jueces que decidieron sobre la prolongación de la detención, ni los que declararon inadmisibles los recursos presentados por el interesado a fin de ser puesto en libertad, ni tampoco el Tribunal Constitucional parecen haber tenido en cuenta de manera suficiente el hecho de que Demirtaş era no solamente un diputado de la nación, sino también uno de los principales opositores políticos del país, por lo cual el ejercicio de su mandato parlamentario exigía una protección mayor. Las jurisdicciones nacionales no demostraron la existencia de motivos imperiosos que justificaran prolongar la prisión preventiva durante tanto tiempo.

En reiterada jurisprudencia de la Corte, se ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, por lo que debe ser lo más breve posible. La privación de la libertad constituye una medida tan grave que solamente se justifica cuando otras medidas menos lesivas se consideran insuficientes para salvaguardar el interés personal o público. Consideraciones semejantes valen todavía más cuando se trata de un diputado. Como bien ha señalado el juez en disidencia del Tribunal Constitucional, las autoridades jurisdiccionales no justificaron las razones por las cuales la aplicación de una medida alternativa a la prisión preventiva hubiera sido insuficiente. No surge de las actuaciones que realmente se haya considerado aplicar medidas alternativas a la prisión preventiva, que sin embargo están previstas por el derecho interno.

La Corte concluyó que aun cuando Demirtaş pudo haber conservado su estatuto parlamentario durante su mandato y percibido su salario de diputado, la imposibilidad de participar en las actividades de la Asamblea Nacional, en razón de

su prisión preventiva, constituye un perjuicio injustificado a la libertad de opinión del pueblo y al derecho de Demirtaş de ejercer su mandato parlamentario como diputado electo. La medida examinada resulta incompatible con la sustancia misma del derecho a ser elegido y a ejercer su mandato parlamentario, reconocido por el art. 3 del Protocolo n.º 1, y vulnera el poder soberano del electorado. Por lo tanto, hay una violación del art. 3 del Protocolo n.º 1 de la Convención.

Art. 18 en conjunción con el art. 5.3:

Si bien se llevaron a cabo varias investigaciones penales dirigidas en contra de Demirtaş durante años, no se había tomado ninguna medida significativa antes de que terminara el “proceso de resolución” para pedir el desafuero del interesado.

De los informes y opiniones de observadores internacionales, en especial de la Comisión de Derechos Humanos, surge que el clima político turco de los últimos años tuvo influencia sobre ciertas decisiones judiciales de la nación, en particular durante el estado de emergencia.

El análisis del contexto revela que las autoridades jurisdiccionales tomaron medidas severas en el caso Demirtaş por el hecho de que se trataba de un dirigente de la oposición, pero también lo hicieron respecto de otros diputados e intendentes que pertenecían al HDP, e incluso respecto de las voces disidentes en general.

Demirtaş no solamente fue perjudicado de forma personal, sino que, además, fue puesto en prisión preventiva principalmente por ser dirigente de la oposición. Por lo tanto, la Corte estimó que se ha puesto en peligro el sistema democrático mismo, no solamente los derechos y libertades individuales de Demirtaş.

La Corte consideró fuera de toda duda que la prolongación de la privación de la libertad del interesado, sobre todo durante las dos campañas electorales, a saber, el referéndum y la elección presidencial, tuvo como objetivo encubierto acallar la pluralidad de voces y limitar el libre juego del debate político en el que se funda la noción de sociedad democrática. Por ello, estimó que hubo una violación del art. 18 de la Convención en conjunción con el art. 5, párr. 3 del mismo instrumento.

Art. 10:

La Corte no consideró pertinente pronunciarse separadamente sobre los agravios fundados en el art. 10.

Art. 34:

Más allá de las presuntas violaciones alegadas, el peticionante declaró que en agosto de 2017 y enero de 2018 su abogada Yalçındağ Baydemir había sido citada a comparecer por la fiscalía de Diyarbakir, donde se la habría interrogado acerca de otro proceso penal. Agregó que se le había iniciado un proceso penal a su abogado Karaman por declaraciones hechas en una audiencia, en el marco de un proceso contra otro miembro parlamentario detenido. Otro de sus letrados había sido detenido por recurrir ante el Tribunal Constitucional y ante la Corte en relación con el asesinato del ex presidente del Colegio de Abogados de Diyarbakir.

Al respecto, el peticionante arguyó que todas estas investigaciones habían tenido un efecto intimidatorio sobre ellos.

La Corte observó que nada indica que las investigaciones llevadas a cabo en relación con los abogados de Demirtaş estuvieran destinadas a obligarlo a retirar o modificar su demanda o bien a interferir de cualquier otra manera con el pleno ejercicio de su derecho a peticionar individualmente, o que de hecho hayan tenido efectos semejantes. Surge en forma evidente de la redacción de la demanda que las investigaciones en cuestión no guardan relación alguna con la causa del peticionante. Por lo tanto, la Corte estimó que el Estado demandado no faltó a las obligaciones que le incumben de acuerdo con el art. 34 de la Convención.

Art. 46:

En virtud del art. 46 de la Convención, los Estados partes se comprometen a acatar las sentencias definitivas de la Corte en los litigios en que sean parte.

Es el Estado quien debe elegir los medios para hacer cumplir la sentencia de la Corte de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno. El margen de discrecionalidad en cuanto a las modalidades de ejecución de una sentencia refleja la libertad de elección de los Estados firmantes, que a su vez implica una obligación primordial: asegurar el respeto de los derechos y libertades garantizados en la Convención. De todas formas, cuando la naturaleza misma del delito identificado no ofrece realmente una elección entre diferentes tipos de medidas susceptibles de ser remediadas, la Corte puede decidir señalar una sola medida individual.

Prolongar todavía más la prisión preventiva de Demirtaş importaría prolongar la violación de los arts. 5, párr. 3 y 18 de la Convención y una falta del Estado respecto de la obligación de cumplir con la sentencia de la Corte. Por lo tanto, el Estado demandado debe asegurar la suspensión de la prisión preventiva de Demirtaş dentro del plazo más breve posible, a menos que se presenten nuevos motivos que la justifiquen.

Art. 41:

El Estado deberá pagar al interesado €10 000 en concepto de daño moral y €15 000 en concepto de costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sala Segunda, asunto 14305/17, *Se-lahattin Demirtaş c. Turquie (n.º 2)*, sentencia del 20-11-2018, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-187917%22>}.



Derecho de la Unión Europea. Derecho penal. Medidas de seguridad preventivas fundadas en la peligrosidad del delincuente. Aplicación retroactiva de la ley penal. Principio de legalidad. Derecho a la libertad personal. Derecho al debido proceso. Derecho de defensa. Derecho a un juicio justo. Plazo razonable. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Daniel Ilmseher es un ciudadano alemán, nacido en 1978, que está actualmente detenido en un centro para personas confinadas en cumplimiento de una medida de seguridad preventiva ubicado en el centro penitenciario de Straubing (Alemania).

En 1999, el Tribunal Regional de Regensburg lo encontró culpable de asesinato por haber estrangulado a una mujer que había salido a correr y lo condenó a diez años de prisión, conforme al régimen penal juvenil, ya que, en la fecha en que había cometido el delito —junio de 1997—, Ilmseher tenía 19 años.

A partir de julio de 2008, Ilmseher, luego de haber cumplido su condena en prisión, permaneció detenido como medida de seguridad preventiva provisional, fundada en el art. 275 a, inc. 5 del Código Procesal Penal.

El 22 de junio de 2009, el Tribunal Regional de Regensburg dictó, con efecto retroactivo, una medida de seguridad preventiva para el recurrente, con fundamento en el art. 7.2.1 de la Ley de Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil en conjunción con el art. 105.1 del mismo cuerpo legal. Cabe advertir que, en un principio, esta ley no autorizaba el dictado de una medida de seguridad preventiva para menores y jóvenes adultos, a quienes se aplicaba el régimen penal juvenil. Sin embargo, en virtud de la sanción de una ley posterior relativa a la introducción de medidas de seguridad preventivas con efecto retroactivo para condenas dictadas bajo el régimen penal juvenil, la cual entró en vigor el 12 de julio de 2008, el art. 7 de la ley fue modificado, y su inc. 2 quedó redactado de la siguiente manera: “Cuando, con posterioridad a la imposición de una condena aplicable a menores (...) por (...) un delito contra la vida, la integridad física o la autodeterminación sexual (...), haya evidencia con anterioridad al cumplimiento de la condena (...) que indique que el condenado importa un peligro significativo para la sociedad, el tribunal puede dictar con efecto retroactivo una medida de seguridad preventiva si, en virtud de una ponderación integral de su personalidad, del delito cometido y de su evolución durante la ejecución de la condena (...) se determina que existe una alta probabilidad de que reincida en la comisión de delitos de la naturaleza descripta”. En el caso, el Tribunal Regional, a partir de los informes de un perito en criminología y de un psiquiatra, concluyó que Ilmseher tenía fantasías sexuales violentas y que existía un alto riesgo de que, si se lo dejaba en libertad, cometiera nuevos delitos sexuales e, incluso, homicidio.

Entre 2010 y 2013, Ilmseher impugnó la legalidad de su reclusión ante los tribunales alemanes. Recurrió ante el Tribunal Supremo Federal, el cual en marzo de 2010 desestimó la apelación.

En mayo de 2011, interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal. Este revocó la decisión del Tribunal Regional, que había dictado con efecto retroactivo la medida de seguridad preventiva, así como también la sentencia del Tribunal Supremo Federal, y devolvió las actuaciones al Tribunal Regional. Sin embargo, este último tribunal dispuso nuevamente una medida de seguridad preventiva con carácter provisional, con fundamento en el art. 7.4 de la Ley de Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil en conjunción con el art. 275 a, inc. 5 del Código Procesal Penal, al considerar que existían razones suficientes para creer que se le dictaría una medida de seguridad preventiva con efecto retroactivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2.1 de la ley citada. Ilseher recurrió la decisión ante el Tribunal de Apelaciones de Nuremberg, pero su recurso fue desestimado. En septiembre de 2011, interpuso un nuevo recurso contra estas decisiones ante el Tribunal Constitucional Federal, y solicitó que se le concediera con efecto suspensivo, pero el recurso también fue desestimado.

Por otro lado, en el proceso principal ante el Tribunal Regional de Regensburg, luego de que el Tribunal Constitucional Federal hubiera devuelto las actuaciones, Ilseher recusó por parcialidad a uno de los jueces del tribunal que había dictado la medida de seguridad preventiva impugnada. Alegó que el magistrado había advertido a su ex abogada mujer que tuviera cuidado con su defendido. Esta solicitud fue desestimada.

En agosto de 2012, el Tribunal Regional de Regensburg dictó nuevamente una medida de seguridad preventiva con efecto retroactivo para el recurrente, fundada en los arts. 7.2.1 y 105.1 de la ley citada. Sostuvo que después de haber realizado un análisis integral de su personalidad, del delito cometido y de su evolución durante la ejecución de la condena, concluyó que, en este caso, era necesario confinarlo para evitar el riesgo de que cometiera graves y violentos delitos sexuales, como aquel por el que había sido condenado. Por otro lado, comprobó que Ilseher padecía de trastornos mentales vinculados a su sexualidad (sadismo sexual), que por esa razón había cometido el delito y que el tratamiento terapéutico que había recibido hasta el año 2007 había fracasado. El recurrente apeló nuevamente esta decisión ante el Tribunal Supremo Federal y ante el Tribunal Constitucional Federal, pero fueron desestimados una vez más.

A partir de junio de 2013, Ilseher ha permanecido detenido en el nuevo centro para el cumplimiento de medidas de seguridad preventivas en la cárcel de Straubing, que cuenta con un equipo interdisciplinario que ha intentado motivarlo a realizar un tratamiento adecuado para su enfermedad. Ilseher rechazó cualquier tipo de terapia hasta que en junio de 2015 aceptó seguir un tratamiento psicoterapéutico individualizado durante dos años.

El proceso en el que Ilseher había impugnado la legalidad de la medida de seguridad preventiva con carácter provisional duró once meses y un día en las tres instancias (especialmente, ocho meses y veintidós días ante el Tribunal Constitucional Federal).

En febrero de 2012 y en abril de 2014 Ilseher recurrió las medidas de seguridad preventivas que le fueron dictadas, tanto aquellas con carácter provisional

como la definitiva, dictada con efecto retroactivo, ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Invocó la violación de los arts. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad), 7.1 (prohibición de retroactividad de la ley), 5.4 (derecho a ser llevado ante la autoridad legalmente competente y a ser juzgado en un plazo razonable) y 6.1 (derecho a un juicio justo) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Sostuvo que la imposición retroactiva de la medida de seguridad preventiva resultaba contraria a su derecho a la libertad, a la prohibición de retroactividad y a su derecho a no recibir una pena más dura que la aplicable al tiempo de haber cometido el delito. Se agravió, asimismo, de la extensión temporal del trámite del recurso que había interpuesto contra la decisión que ordenaba su confinamiento y de la actuación parcial de uno de los jueces intervinientes en su proceso, en clara violación a su derecho a un juicio imparcial. Ambos recursos fueron acumulados.

En la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos del 2 de febrero de 2017, se decidió, por unanimidad, rechazar los recursos interpuestos y se concluyó que no hubo violación de los derechos reclamados por el recurrente.

También se resolvió, por unanimidad, que no se justificaba expedirse sobre el punto recurrido por Ilseher con relación a la medida de seguridad preventiva con carácter provisional en el período comprendido entre el 6 de mayo de 2011 y el 20 de junio de 2013, ya que el Gobierno alemán reconoció que el peticionante no había permanecido en una institución adecuada para el internamiento de pacientes con trastornos mentales durante dicho período y le otorgó una indemnización.

En marzo de 2017, Ilseher recurrió ante la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el art. 43 de la Convención (recurso ante la Gran Sala).

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó los recursos interpuestos.

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

La medida de seguridad preventiva dispuesta para Ilseher solo podría justificarse con fundamento en el art. 5.1.e de la Convención. En este contexto, es necesario establecer, con base en pericias médicas objetivas, si la persona afectada estaba “enajenada” al momento de la adopción de la medida de privación de su libertad. Los tribunales alemanes se fundaron en dos dictámenes de profesionales de la salud independientes para concluir que Ilseher padecía de una forma de sadismo sexual grave. Determinaron que requería un tratamiento integral que habría de proveérsele sea en un centro para el cumplimiento de medidas de seguridad preventivas o en un hospital psiquiátrico. Por lo tanto, la Corte consideró que la afección diagnosticada a Ilseher se corresponde con un verdadero trastorno mental en términos del art. 5.1.e de un grado tal que justificaba el internamiento forzoso.

Asimismo, la Corte entendió que se le ofreció a Ilseher un ambiente terapéutico acorde con sus necesidades como paciente con trastornos mentales, y que por esa razón se lo internó en un establecimiento adecuado, conforme a lo dispuesto en el art. 5.1.e.

Además, advirtió que los tribunales alemanes comprobaron que existía un elevado riesgo de que Ilmseher cometiera nuevos delitos sexuales si era liberado y no estimaron conveniente adoptar medidas menos rigurosas. Por lo tanto, la privación de la libertad impuesta se reveló como necesaria en estas circunstancias, no fue arbitraria y fue “conforme a derecho” en el sentido del art. 5.1.e.

Por ello, la Corte consideró que la medida de seguridad preventiva que le había sido dictada al recurrente y que fue cumplida en el centro penitenciario de Straubing entre el 20 de junio de 2013 y el 18 de septiembre de 2014, en la medida en que se dispusiera en cumplimiento de la sentencia impugnada, se hallaba justificada en virtud del art. 5.1.e como privación de la libertad, conforme a derecho, de un enajenado. Por lo tanto, no hubo violación del art. 5.1 de la Convención.

Art. 7.1 (prohibición de retroactividad):

Una medida de seguridad preventiva ordinaria, cuyo objetivo no es tratar un trastorno mental del sujeto privado de su libertad, constituye una pena en términos del art. 7.1 de la Convención.

La Corte advirtió que las autoridades alemanas adoptaron importantes medidas para mejorar las condiciones de vida de las personas privadas de su libertad en cumplimiento de una medida de seguridad preventiva. Asimismo, el derecho interno, interpretado en conjunción con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, subordina el dictado de una medida de seguridad de esta naturaleza a una condición previa suplementaria: que el individuo padeciera de un trastorno mental comprobado. Más aún, en el caso, si bien se mantiene como presupuesto para dictar una medida de seguridad preventiva que el sujeto haya sido condenado por un delito grave, la Corte entendió que, teniendo en cuenta el contexto ambiental en el que Ilmseher cumplió la medida de seguridad que le fuera impuesta desde el 20 de junio de 2013, su confinamiento se centró en su tratamiento médico y terapéutico, circunstancia que modificó la naturaleza y el fin de la medida de seguridad privativa de su libertad y la convirtió en una decisión enfocada en el tratamiento médico y terapéutico de un individuo con antecedentes penales. De tal modo, el elemento punitivo de la medida de seguridad y su vínculo con el delito cometido fueron desapareciendo hasta el punto en que, en estas circunstancias, la medida dejó de constituir una pena.

En conclusión, ya que la medida de seguridad preventiva había sido impuesta con fundamento en el trastorno mental del peticionante y para su tratamiento, las medidas privativas de su libertad dictadas con posterioridad no pueden calificarse como penas en términos del art. 7.1 y, por lo tanto, no son contrarias al principio de prohibición de retroactividad.

Art. 5.4 (plazo razonable):

La Corte estimó que en vista de la complejidad del caso, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, la duración del proceso ante las distintas instancias cumplió con la exigencia de celeridad establecida en el art. 5.4 de la Convención. En particular, teniendo en cuenta la complejidad del proceso ante el Tribunal

Constitucional Federal y la manera en que se ha conducido, en especial, al haber adoptado una decisión provisoria motivada, así como también la posibilidad de que el peticionante pudiera obtener una nueva revisión de la legalidad de la medida privativa de su libertad por parte de los tribunales ordinarios mientras el proceso ante el Tribunal Constitucional Federal aún seguía pendiente de resolución, se concluyó que la exigencia de celeridad prevista en el art. 5.4 también ha sido respetada en esta instancia. Por lo tanto, no hubo violación del art. 5.4.

Art. 6.1 (derecho a un juicio justo):

La Gran Sala resaltó que la observación cuestionada del juez recusado, si efectivamente la hubiera realizado, habría implicado una falta de profesionalismo. Sin embargo, en virtud de los motivos expuestos en forma detallada por la sala, dicha conducta en las circunstancias del presente caso no reveló que el juez recusado tuviera un prejuicio personal contra el peticionante ni que existieran dudas objetivamente justificadas en cuanto a su imparcialidad. Por lo expuesto, tampoco hubo violación del art. 6.1 de la Convención.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: ver reseña del pronunciamiento anterior de la sala quinta de la Corte Europea de Derechos Humanos en el mismo asunto, sentencia del 2-2-2017, en *Investigaciones* (2017), pp. 152-155, https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2017_1.pdf.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Gran Sala, *Inseher c. Alemania*, sentencia del 4-12-2018, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188408>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Biotecnología. Derecho a la salud. Medicamentos biotecnológicos para uso humano. Reacondicionamiento de un medicamento para su uso en un tratamiento no cubierto por su autorización de comercialización. Derecho de la seguridad social. Inclusión en el ámbito de aplicación del sistema nacional de seguro de salud. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sociedad Roche Italia (Roche) es titular de una autorización de comercialización para el Avastin, medicamento biotecnológico destinado al tratamiento de determinados cánceres. El Avastin se receta con frecuencia para tratar una enfermedad ocular, la degeneración macular relacionada con la edad, a pesar de que su autorización de comercialización no cubra esta enfermedad. Para poder ser destinado a este uso oftalmológico, el Avastin debe extraerse del vial original y distribuirse en jeringuillas de un solo uso intravítreo.

En 2014, la Agencia Italiana de Medicamentos (AIFA, por sus siglas en italiano) incluyó el Avastin en la lista de medicamentos reembolsables por el Servicio Nacional de Salud de Italia para el tratamiento de la degeneración macular relacionada con la edad, siempre que se cumplieran determinados requisitos: el reacondicionamiento del Avastin debe llevarse a cabo por farmacias autorizadas, y los pacientes a los que los hospitales administren este medicamento reacondicionado deben recibir información adecuada acerca de la existencia de alternativas terapéuticas.

Entre estas, se cuenta el Lucentis, medicamento específicamente autorizado para el tratamiento de la degeneración macular relacionada con la edad. El Servicio Nacional de Salud reembolsa este medicamento, comercializado por la sociedad Novartis Farma (Novartis), cuyo precio es, no obstante, sensiblemente superior al del Avastin (el Avastin reacondicionado para uso oftalmológico le cuesta al Servicio Nacional de Salud €82 por dosis, mientras que el Lucentis, €902).

Cabe recordar que, en 2014, la Autoridad de Defensa de la Competencia de Italia sancionó a Roche y Novartis por haber celebrado un acuerdo dirigido a reducir los usos oftalmológicos del medicamento Avastin y a aumentar los del Lucentis; al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 23 de enero de 2018 en el asunto C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd. y otros c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, consideró que dicho acuerdo podría constituir una restricción de la competencia “por su objeto”. Al considerar que las decisiones de la AIFA favorecen la utilización del Avastin en condiciones que no se ajustan a los términos de su autorización de comercialización, Novartis recurrió esas decisiones ante los tribunales italianos.

En este contexto, el Consejo de Estado de Italia consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si las normas nacionales que establecen los requisitos de uso del Avastin al margen de su autorización de comercialización, la competencia de la AIFA en materia de farmacovigilancia a este respecto y la asunción del Avastin reacondicionado por parte del Servicio Sanitario Nacional por razones económicas son compatibles con el derecho de la Unión —Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, y Reglamento (CE) n.º 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos—.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que el reembolso por un régimen nacional de seguro de enfermedad de un medicamento para un uso no previsto en su autorización de comercialización no es contrario al derecho de la Unión. Sin embargo, ese medicamento debe cumplir con los requisitos exigidos por la normativa farmacéutica de la Unión.

Los Estados miembros son competentes en materia de organización y gestión de los servicios de salud, en materia de fijación de los precios de los medicamentos y en lo que respecta a su inclusión en el ámbito de aplicación de los sistemas

nacionales de seguro de enfermedad. Y deben respetar el derecho de la Unión en el ejercicio de estas competencias.

En efecto, se observa que el Avastin, incluso después de haber sido reacondicionado según las normas establecidas por las autoridades italianas, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/83, cuya finalidad es controlar el conjunto de la cadena de distribución de medicamentos, desde su fabricación o su importación en la Unión Europea hasta su despacho al público.

El derecho de la Unión no prohíbe ni la prescripción de un medicamento al margen de su autorización de comercialización ni su reacondicionamiento con vistas a dicho uso, pero supedita estas acciones al cumplimiento de una serie de requisitos, entre ellos, la obligación, establecida por la directiva, de poseer una autorización de comercialización y una autorización de fabricación.

Sin embargo, el reacondicionamiento del Avastin para un uso al margen de su autorización de comercialización no requiere una nueva autorización de comercialización, ya que esta operación: a) no supone una modificación del medicamento; b) es prescrita por un médico mediante una receta individual, y c) es realizada por farmacias autorizadas para la administración en el medio hospitalario (circunstancias que deben comprobar los jueces nacionales).

Tampoco es necesaria una nueva autorización de fabricación cuando el Avastin es reacondicionado, sobre la base de una receta individual, por una farmacia debidamente facultada al efecto para su administración en el medio hospitalario (circunstancias que deben comprobar los jueces nacionales).

Se concluyó entonces que la directiva no se opone a la normativa nacional que establece los requisitos de reacondicionamiento del Avastin para su uso en el tratamiento de indicaciones oftalmológicas no cubiertas por su autorización de comercialización.

Por último, el sistema de farmacovigilancia establecido por el Reglamento 726/2004 es también extensible al uso de cualquier medicamento al margen de su autorización de comercialización. En el caso de un medicamento biotecnológico, sujeto por tanto al procedimiento centralizado (el Reglamento 726/2004 establece un procedimiento centralizado a escala de la Unión para la autorización de determinados medicamentos, entre ellos, los desarrollados por medio de procesos biotecnológicos, y un sistema de farmacovigilancia en el ámbito de la Unión para los medicamentos autorizados mediante el procedimiento centralizado), la farmacovigilancia es ejercida conjuntamente por las autoridades nacionales competentes (como la AIFA) y la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), que se encarga de su coordinación.

Por consiguiente, el reglamento no se opone a que una medida nacional permita a la AIFA supervisar medicamentos como el Avastin, cuyo uso al margen de su autorización de comercialización está cubierto por el Servicio Sanitario Nacional, ni adoptar, en su caso, las medidas necesarias para proteger la seguridad de los pacientes.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-29/17, *Novartis Farma SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) y otros*, sentencia del 21-11-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207947&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1866463>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho a la libertad de establecimiento: restricciones. Competencia del Tribunal de Justicia. Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. Normativa nacional: prohibición de actividades lucrativas relacionadas con la conservación de urnas cinerarias. Coherencia de la normativa nacional. Examen de proporcionalidad. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sociedad italiana Memoria ofrece a los parientes de los difuntos incinerados un servicio de custodia de sus urnas funerarias que les permite no tener que guardarlas en sus casas o depositarlas en un cementerio. Los locales utilizados para la conservación de las urnas ofrecen un ambiente estéticamente agradable, tranquilo, protegido y adaptado al recogimiento y a la oración en memoria de los difuntos.

Antonia Dall'Antonia se plantea incinerar los restos mortales de su marido y depositar la urna que contenga las cenizas en una de las instalaciones de Memoria.

Mediante un acuerdo de 2015, el ayuntamiento italiano de Padua modificó su reglamento relativo a los servicios funerarios que, desde entonces, excluye expresamente la posibilidad de que el depositario de una urna funeraria pueda recurrir a los servicios de una empresa privada, independiente del servicio municipal de cementerios, para conservar las urnas fuera del ámbito familiar.

Memoria y Dall'Antonia interpusieron un recurso ante el Tribunal Regional en lo Contencioso-Administrativo del Véneto, Italia, en el que solicitaron la anulación del citado acuerdo.

El tribunal italiano consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si el principio de libertad de establecimiento enunciado en el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se opone a una normativa como la adoptada por el ayuntamiento de Padua.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la normativa italiana que prohíbe a las empresas privadas ejercer una actividad de custodia de urnas funerarias es contraria al derecho de la Unión.

La normativa constituye una restricción injustificada de la libertad de establecimiento garantizada por el derecho de la Unión.

El pedido de decisión prejudicial resultó admisible pese a referirse a un litigio de carácter puramente interno.

Aunque un pleito se refiera a nacionales de un mismo Estado miembro, puede contener algún elemento de conexión con el art. 49 TFUE. Puede ser necesaria una interpretación del artículo para la resolver el litigio cuando el derecho nacional obligue al órgano jurisdiccional remitente a conceder a los nacionales los mismos derechos que la Unión reconoce a los nacionales de otros Estados miembros en casos equivalentes. El Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Véneto afirmó que en el presente asunto debía aplicar una ley italiana según la cual “no serán aplicables a los ciudadanos italianos las normas del ordenamiento jurídico italiano ni las prácticas internas que produzcan efectos discriminatorios respecto de la condición y el trato garantizados por el ordenamiento jurídico italiano a los ciudadanos de la Unión Europea”.

La normativa adoptada por el ayuntamiento de Padua supone la concesión a los servicios municipales de un monopolio para la prestación del servicio de conservación de las urnas. Como la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, no es aplicable, dado que no trata la abolición de monopolios prestadores de servicios, la cuestión debe examinarse únicamente a la luz de las disposiciones del tratado, concretamente del art. 49 TFUE, que garantiza la libertad de establecimiento.

El Tribunal sostuvo que una normativa nacional que prohíbe a los nacionales de la Unión prestar un servicio de custodia de urnas funerarias en un Estado miembro establece una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del art. 49 TFUE.

La restricción no está justificada por las razones imperiosas de interés general invocadas por el Gobierno italiano, relativas a la protección de la salud pública, a la necesidad de velar por el debido respeto a la memoria de los difuntos y a la protección de los valores morales y religiosos dominantes en Italia. Estos valores se oponen a la existencia de actividades comerciales y mundanas vinculadas a la conservación de las cenizas de los difuntos y, por tanto, a que las actividades de custodia de restos mortales se realicen con ánimo de lucro.

Con respecto a la protección de la salud pública, a diferencia de los restos mortales, las cenizas funerarias son inertes desde un punto de vista biológico, dado que el calor las vuelve estériles, de modo que su conservación no puede representar una obligación impuesta por consideraciones de salud pública.

En cuanto a la protección del respeto de la memoria de los difuntos, se considera que la normativa nacional controvertida va más allá de lo necesario para lograr este objetivo. En efecto, existen medidas menos coercitivas con las que puede

lograrse ese objetivo, como, por ejemplo, la obligación de garantizar la custodia de las urnas funerarias en condiciones análogas a las de los cementerios municipales y, en caso de cese de la actividad, la obligación de trasladarlas a un cementerio público o de devolverlas a los parientes del difunto.

En relación con los valores morales y religiosos dominantes en Italia (que, según el Gobierno, se oponen a que las actividades de custodia de restos mortales puedan desarrollarse con ánimo de lucro), se advierte que la actividad de conservación de cenizas mortuorias en los cementerios del país está sujeta al pago de una tarifa fijada por las autoridades públicas, y que las actividades de custodia de este tipo por empresas privadas podría someterse a esa misma regulación de tarifas que, visiblemente, Italia no considera contraria a sus valores morales y religiosos.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, pedido de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Véneto, en el caso *Memoria SRL y Antonia Dall'Antonia c. Comune di Padova*, asunto C-342/17, sentencia del 14-11-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207745&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1858054>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho a la protección de datos personales. Tratamiento de datos de los visitantes de una página de Facebook. Responsabilidad conjunta de Facebook y el administrador de una página. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sociedad alemana Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein se especializa en el ámbito de la educación. Ofrece servicios de formación, entre otros, a través de una página de Facebook (www.facebook.com/wirtschaftsakademie). Las páginas son cuentas de usuario que pueden ser configuradas por particulares o empresas. El creador de una página de este tipo, una vez registrado en Facebook, puede utilizar la plataforma para presentarse tanto a los usuarios de la red social como a las personas que visitan su sitio web y para difundir todo tipo de comunicaciones en el mercado de los medios y la opinión pública.

Los administradores de páginas, como la *Wirtschaftsakademie*, pueden obtener estadísticas anónimas sobre los visitantes que reciben mediante una herramienta denominada Facebook Insight, que es gratuita y está disponible conforme a condiciones de uso no modificables. Estos datos se recogen gracias a los ficheros testigo (*cookies*). Cada uno de ellos contiene un código de usuario único, permanece activo durante dos años y es almacenado por Facebook en el disco duro del ordenador o en cualquier otro soporte usado por los visitantes de la página. El código de usuario, que puede vincularse a los datos de conexión registrados en Facebook, se recoge y trata en el momento en que se abren las páginas.

Mediante una resolución del 3 de noviembre de 2011, la autoridad regional independiente de protección de datos de Schleswig-Holstein (Alemania), en su condición de autoridad de control encargada de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones de la Directiva 95/46 sobre protección de datos, ordenó a la *Wirtschaftsakademie* que desactivara su página. En efecto, según la autoridad regional, ni la *Wirtschaftsakademie* ni Facebook informaban a los visitantes de la página que la red social recogía mediante *cookies* sus datos personales y que, posteriormente, los trataban.

La *Wirtschaftsakademie* interpuso un recurso contra esta resolución ante los tribunales de lo contencioso-administrativo alemanes, alegó que no le era imputable el tratamiento de datos personales efectuado por Facebook y que tampoco le había encargado a la red social que realizara un tratamiento de datos bajo su control o en el que ella pudiera influir. En consecuencia, la *Wirtschaftsakademie* estimaba que la autoridad regional debería haberse dirigido directamente contra Facebook y no contra ella.

En este contexto, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de Alemania solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretara la Directiva 95/46 sobre la protección de datos.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que el administrador de una página de fans de Facebook es responsable, junto con la empresa, del tratamiento de los datos de los visitantes de su sitio web.

En virtud de la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación, la autoridad de protección de datos del Estado miembro en el que el administrador tiene su domicilio puede actuar tanto contra él como contra la filial de Facebook establecida en ese país.

En este caso, no se pone en duda que la sociedad americana Facebook y, respecto a la Unión, su filial Facebook Ireland deben considerarse “responsables del tratamiento” de los datos personales de los usuarios de esa red social, así como de las personas que visitan las páginas alojadas en Facebook. En efecto, estas sociedades cumplen la función principal en la determinación de los fines y los medios del tratamiento de los datos.

La *Wirtschaftsakademie*, en tanto administradora, también debe ser considerada responsable, junto con Facebook Ireland, del tratamiento de los datos

en cuestión en el seno de la Unión. Este administrador participa, mediante su acción de configuración (en función, en particular, de sus destinatarios, así como de objetivos de gestión o de promoción de sus actividades), en la determinación de los fines y los medios del tratamiento de los datos personales de los visitantes de su página. El administrador del sitio web puede solicitar, de forma anónima, la obtención —y, por tanto, el tratamiento— de datos demográficos relativos a su audiencia (especialmente, de las tendencias en materia de edad, sexo, situación sentimental y profesión) o información sobre el estilo de vida y los intereses de sus destinatarios (por ejemplo, sobre las compras en línea, así como las categorías de productos o servicios que más les interesan). Asimismo, puede requerir datos geográficos que permitan al administrador saber dónde efectuar promociones especiales u organizar eventos y, con carácter más general, dirigir de forma óptima su oferta de información.

El hecho de que un administrador de una página utilice la plataforma ofrecida por Facebook para usufructuar los servicios que ofrece no le exime de cumplir sus obligaciones en materia de protección de datos personales.

El reconocimiento de una responsabilidad conjunta del operador de una red social y del administrador de una página —en relación con el tratamiento de los datos personales de los visitantes de esa página— contribuye a garantizar una protección más completa de los derechos de las personas que visitan este tipo de sitios web, conforme a las exigencias de la Directiva 95/46 sobre la protección de datos.

Asimismo, a fin de garantizar el cumplimiento en territorio alemán de las normas sobre la protección de datos personales, la autoridad regional es competente para hacer uso (no sólo frente a la *Wirtschaftsakademie*, sino también frente a Facebook Germany) de todos los poderes de los que dispone en virtud de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 95/46.

En efecto, cuando una empresa constituida fuera de la Unión (como la sociedad americana Facebook) dispone de varios establecimientos en diversos Estados miembros, la autoridad de control de cualquiera de ellos está facultada para ejercer los poderes que le confiere la Directiva 95/46 respecto a un establecimiento de dicha empresa situado en el territorio de ese Estado miembro. Esto ocurre aun cuando, en virtud del reparto de funciones dentro del grupo, por un lado, el establecimiento (en este caso, Facebook Germany) únicamente se encargue de la venta de espacios publicitarios y de otras actividades de marketing en el territorio (en este caso, Alemania) y, por otro lado, la responsabilidad exclusiva de la recolección y del tratamiento de los datos personales incumba, respecto de todo el territorio de la Unión, a un establecimiento ubicado en otro Estado miembro (en este asunto, Facebook Ireland).

Además, la autoridad de control de un Estado miembro puede ejercer, frente a una entidad establecida en su territorio, los poderes de intervención contemplados por la Directiva 95/46, cuando existieran infracciones de las normas relativas a la protección de datos personales cometidas por un tercero responsable del tratamiento de esos datos, que tenga su domicilio en otro Estado miembro (en

este caso, Facebook Ireland). La autoridad de control es competente para apreciar la legalidad del tratamiento de datos, de manera autónoma respecto de la autoridad de control de este último Estado miembro (en este asunto, Irlanda), y de ejercer sus poderes de intervención sin solicitar previamente la participación de la autoridad de control del otro Estado miembro.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein / Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, sentencia del 5-5-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130daf8bd006bbdd649098818845b498a62e0.e34KaxiLc3eQc40LaxqMb-N4Pb3mOe0?text=&docid=202543&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=438921>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho ambiental. Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Derecho tributario. Impuestos nacionales de los derechos de emisión vendidos o no utilizados. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: durante los años 2011 y 2012, Eslovaquia gravó el 80 % del valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero vendidos o no utilizados por las empresas sujetas al régimen para la comercialización de esos derechos. Este tributo fue suprimido con posterioridad, en junio de 2012. Los derechos habían sido asignados gratuitamente a los operadores económicos con arreglo a la Directiva 2003/87/CE, que establece el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad.

La sociedad PPC Power solicitó a la Administración Tributaria para Determinados Sujetos Pasivos (Daňový úrad pre vybrané daňové subjekty) que fijara en cero euros el importe del pago a cuenta del impuesto que debía abonar en relación con el ejercicio 2011. En apoyo de su petición, alegó que la autoridad fiscal estaba obligada a no aplicar la normativa nacional, ya que no era compatible con el derecho de la Unión.

La Administración Tributaria para Determinados Sujetos Pasivos desestimó el requerimiento y fijó el importe adeudado por PPC Power para el primer semestre del año 2011. La empresa hizo efectivo el pago, pero solicitó que le fuera reembolsado, por considerar que la tributación de tales derechos era contraria al derecho de la Unión. Sin embargo, su solicitud fue desestimada.

Contra la decisión, la actora interpuso un recurso ante la Dirección de la Administración Tributaria de la República Eslovaca (Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky), recurso que también fue desestimado.

La empresa recurrió entonces ante el Tribunal Regional de Bratislava, que consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la Directiva 2003/87/CE se oponía a una normativa interna de un Estado miembro que impone la obligación de pagar un impuesto especial, como el que grava el valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero vendidos o no utilizados.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que el derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que grava el 80 % de su valor los derechos de emisión de gases de efecto invernadero asignados gratuitamente que han sido vendidos o no utilizados por las empresas sujetas al régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

El tributo no respeta el principio de la asignación gratuita de al menos el 90 % de los derechos de emisión para el período 2008-2012, a tenor de lo establecido en el art. 10 de la directiva.

El objetivo de la directiva comunitaria consiste en ofrecer a las empresas sujetas al régimen para la comercialización de derechos de emisión la posibilidad de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero sin que se vea comprometida su competitividad. Es en este contexto que la directiva prevé que, para el período 2008-2012, los Estados miembros asignen gratuitamente al menos el 90 % de los derechos de emisión.

Aunque los Estados miembros sean, en principio, libres para adoptar medidas fiscales en relación con la utilización de esos derechos de emisión, las medidas de ese tipo no deben menoscabar los objetivos de la directiva europea.

A este respecto, el valor económico constituye la piedra angular del régimen para la comercialización de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, dado que la perspectiva de la venta de los derechos no utilizados significa un incentivo para que los operadores económicos inviertan en medidas de reducción de sus emisiones. Para el buen funcionamiento de este régimen, es necesario que un gravamen impuesto por un Estado miembro no suprima ese valor económico.

El impuesto controvertido priva a las empresas afectadas, prácticamente, de la totalidad del valor económico de los derechos de emisión. De este modo, las empresas pierden todo incentivo para invertir en medidas que permitan reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero.

En estas circunstancias, el impuesto no respeta el principio de la asignación gratuita de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero y menoscaba los

objetivos perseguidos por la directiva. Por consiguiente, este tributo interno no es compatible con la directiva europea.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-302/17, *PPC Power a.s. c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky y Daňový úrad pre vybrané daňové subjekty*, sentencia del 12-4-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200968&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=645896>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho comercial. Servicios de la sociedad de la información. Servicios de transporte. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sociedad francesa Uber France, por medio de una aplicación para teléfono inteligente, presta un servicio denominado uberPOP, con el cual conecta a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean desplazarse por la ciudad. En este marco, la empresa fija las tarifas, recauda el pago de cada viaje que hace el cliente, abona una parte al conductor y emite las facturas.

Uber France está procesada por haber organizado, a través del servicio uberPOP, un sistema para la conexión entre clientes y conductores no profesionales que transportan personas a título oneroso con vehículos de menos de diez plazas.

Uber France sostiene que la norma francesa a partir de la cual está procesada constituye un reglamento técnico que afecta directamente a un servicio propio de la sociedad de la información, en el sentido de la directiva relativa a las normas y reglamentaciones técnicas, que obliga a los Estados miembros a notificar a la Comisión Europea todo proyecto de ley o de reglamento que establezca reglas técnicas relativas a los productos y servicios propios de la sociedad de la información. Ahora bien, las autoridades francesas no informaron a la Comisión del proyecto de ley antes de que fuera promulgado. En consecuencia, Uber France deduce que no puede ser encausada por los cargos citados.

El Tribunal de Primera Instancia de Lille, que conoce del asunto, le pidió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que aclarara si las autoridades

francesas estaban o no obligadas a notificar previamente el proyecto de ley a la Comisión Europea.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que los Estados miembros pueden prohibir y sancionar penalmente el ejercicio ilegal de la actividad de transporte en el marco del servicio uberPOP sin notificar previamente a la Comisión el proyecto de ley que tipifica como delito esa actividad.

El 20 de diciembre de 2017, en el asunto Uber España, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que el servicio uberPOP propuesto en España estaba comprendido en el ámbito del transporte y no constituía un servicio de la sociedad de la información en el sentido de la directiva.

El servicio uberPOP propuesto en Francia es sustancialmente idéntico al prestado en España, lo que debe ser comprobado por el Tribunal de Primera Instancia de Lille.

Como el servicio uberPOP no está comprendido en el ámbito de aplicación de la directiva, no se aplica la obligación de notificación previa a la Comisión que contempla esa normativa. Por lo tanto, las autoridades francesas no estaban obligadas a informar con anticipación del proyecto de ley penal impugnado.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-320/16, *Uber France SAS*, sentencia del 10-4-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200882&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=firs-t&part=1&cid=719755>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho comercial. Servicios de transporte. Servicios en el mercado interior. Servicios de la sociedad de la información. Exigencia de una autorización administrativa. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2014, una asociación profesional de taxistas de Barcelona interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 y solicitó que se declarase que las actividades de Uber Systems Spain, sociedad vinculada a

Uber Technologies (en lo sucesivo, conjuntamente, Uber), constituían prácticas engañosas y actos de competencia desleal. Ni la empresa ni los conductores de los vehículos disponían de las licencias y autorizaciones previstas en el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona. Para comprobar si las prácticas de Uber podían calificarse de desleales e incumplían la normativa española en materia de competencia, el magistrado consideró necesario que se dilucidara si la sociedad debía disponer de una autorización administrativa previa. Para tal fin, a su juicio había que determinar si los servicios que presta son servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos. Según la calificación empleada, se podría o no imponer a Uber la obligación de disponer de una autorización administrativa previa. En particular, si el servicio está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, o de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios propios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, las prácticas de Uber no pueden ser consideradas desleales. Por esa razón, el juzgado español consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que un servicio de intermediación como el controvertido, que tiene por objeto poner en contacto —mediante una aplicación para smartphones y a cambio de una remuneración— a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean desplazarse por la ciudad, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, es un “servicio en el ámbito de los transportes” en términos del derecho de la Unión Europea.

Por eso, en el estado actual del derecho de la Unión, incumbe a los Estados miembros regular las condiciones de prestación de estos servicios, siempre que se respeten las normas generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró, para empezar, que la prestación de Uber no se limita a un servicio de intermediación consistente en poner en contacto, mediante una aplicación para smartphones, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que quiere desplazarse por la ciudad. En efecto, en esta situación, el prestador crea una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a ella para desplazarse.

La aplicación que proporciona Uber es indispensable tanto para los conductores como para las personas que desean desplazarse por la ciudad. Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones ofrecidas por estos conductores. Este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuya función principal es el servicio de transporte y, por lo tanto, no le corresponde la calificación de “servicio de la sociedad de la información”, sino “servicio en el ámbito de los transportes”.

En consecuencia, la directiva sobre el comercio electrónico no es aplicable a un servicio de esta índole, que también está excluido del ámbito de aplicación de la directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Por la misma razón, el servicio controvertido no está incluido en la esfera de la libre prestación de servicios en general, sino en la política común de transportes.

Ahora bien, los servicios de transporte urbano no colectivo y los servicios indisociablemente vinculados a ellos, como el servicio de intermediación prestado por Uber, no han dado lugar a la adopción de normas sobre la base de esta política.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain S. L.*, sentencia de 20-12-2017, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d67f8393acad2a4bd-9894fe8d3ecf707ed.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahj0?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=647230>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de asilo. Inmigrantes. Refugiados. Requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria. Persecución ligada a la orientación sexual. Examen psicológico. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en abril de 2015, un ciudadano nigeriano presentó, ante las autoridades húngaras, una solicitud de asilo en la que alegaba tener fundados temores de ser perseguido en su país natal por ser homosexual. Los funcionarios consideraron que sus declaraciones no eran contradictorias, a pesar de lo cual denegaron el pedido de asilo sobre la base de que el informe pericial psicológico requerido para explorar la personalidad del accionante no había confirmado la orientación sexual manifestada.

Entonces, el accionante interpuso un recurso contra la decisión ante los tribunales húngaros. Argumentó que los exámenes psicológicos del informe pericial vulneraban gravemente sus derechos fundamentales y no eran adecuados para

determinar su orientación sexual. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szeged (Hungría) consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si las autoridades locales podían valorar las declaraciones de un solicitante de asilo relativas a su orientación sexual a partir de un examen psicológico. En caso de que el Tribunal de Justicia respondiera negativamente, el órgano jurisdiccional deseaba saber si existía algún método de valoración para examinar la veracidad de las alegaciones de este caso.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que un solicitante de asilo no puede ser sometido a un examen psicológico para determinar su orientación sexual. Este tipo de evaluación, como a la que fue sometido el accionante, constituye una intromisión desproporcionada en la vida privada.

En primer lugar, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo establece normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Esta directiva permite a las autoridades nacionales ordenar un dictamen pericial durante el examen de una solicitud de asilo para evaluar la necesidad real de protección internacional del solicitante. No obstante, las modalidades de un eventual dictamen pericial deben respetar los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como el derecho a la dignidad humana y el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Es posible que, en el contexto particular de la apreciación de las declaraciones de un solicitante de asilo relativas a su orientación sexual, algunos métodos periciales puedan resultar útiles para valorar hechos y circunstancias que consten en la solicitud y aplicarse sin vulnerar los derechos fundamentales. Sin embargo, al evaluar las declaraciones, las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales no pueden fundamentar su decisión exclusivamente en las conclusiones de un dictamen pericial ni quedar vinculados por ellas.

Cuando las autoridades nacionales ordenan que se lleve a cabo un examen psicológico dirigido a determinar la realidad de la orientación sexual del solicitante de asilo, la persona se encuentra en una situación en la que su futuro está fuertemente condicionado por la decisión que tomen los funcionarios. Asimismo, un potencial rechazo a someterse a esa evaluación puede considerarse un factor importante sobre el que se podrían basar las autoridades para determinar si la persona fundamentó suficientemente su solicitud.

Por lo tanto, aun cuando la realización de los exámenes esté subordinada a la aprobación del solicitante, el consentimiento no se presta necesariamente con total libertad, dado que viene impuesto por la presión de las circunstancias en las que se encuentra. En estas condiciones, utilizar un informe psicológico para determinar su orientación sexual constituye una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada.

Con respecto a si esta injerencia en la vida privada puede justificarse por el objetivo de recabar datos útiles para valorar la necesidad real de protección internacional del solicitante, solo puede admitirse un dictamen si se basa en métodos suficientemente fiables. Si bien al TJUE no le corresponde pronunciarse sobre este asunto, sí fue muy cuestionado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y por varios Gobiernos nacionales. Además, la incidencia de un examen semejante sobre la vida privada del apelante parece desproporcionada en relación con el fin perseguido. Una intromisión de este tipo presenta una especial gravedad, pues está dirigida a proporcionar una visión general de los aspectos más personales de la vida del accionante.

La realización de un examen psicológico con el fin de determinar la orientación sexual de un solicitante de asilo no es indispensable para valorar la credibilidad de sus declaraciones. En virtud de lo dispuesto por la directiva, ante una situación en la que la orientación sexual no se recoge en pruebas documentales, las autoridades nacionales, que deben disponer de personal competente, pueden basarse, entre otras opciones, en la coherencia y la credibilidad de las afirmaciones de la persona. Además, el mencionado examen no tiene más que una fiabilidad limitada, por lo que puede cuestionarse su utilidad para evaluar la credibilidad de las manifestaciones de un solicitante de asilo, especialmente en casos como este, en los que las declaraciones no son contradictorias.

Por todo ello, la utilización de un examen psicológico para determinar la realidad de la orientación sexual de un solicitante de asilo no se ajusta a la directiva leída a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-473/16, *F. C. Bevándorlási és Állampolgársági Hivata*, sentencia del 25-1-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de5698f655926744b-cae08d29bb991e2fc.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb30Le0?text=&docid=198766&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=218224>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de la propiedad industrial. Marcas y patentes. Denegación o nulidad de registro. Signos constituidos exclusivamente por la forma del producto. Concepto de “forma” en el marco de la UE. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Christian Louboutin y la sociedad Christian Louboutin SAS diseñan zapatos de taco alto para mujer que tienen como particularidad una suela sistemáticamente revestida de rojo. En 2010, Louboutin registró su marca en el Benelux, en la clase denominada “zapatos”, que en 2013 se sustituyó por la clase “zapatos de taco alto”. La descripción de la marca indica que consiste en “el color rojo (Pantone 18-1663TP) aplicado en la suela de un zapato (el contorno del zapato no forma parte de la marca, su única finalidad es poner de relieve la posición de la marca)”.

La sociedad Van Haren, que explota establecimientos de venta al por menor de calzado en los Países Bajos, vendió durante 2012 zapatos de taco alto para mujer con la suela revestida de color rojo. Louboutin y su sociedad presentaron una demanda ante los tribunales neerlandeses con objeto de que se declarara que Van Haren había vulnerado su marca. Por su parte, Van Haren alegó que la marca en cuestión es nula. Alegó que la Directiva de la Unión 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, enumera diversas causas de nulidad o de denegación de registro, entre ellas la relativa a los signos constituidos exclusivamente por la forma que le dé un valor sustancial al producto.

El Tribunal de Primera Instancia de La Haya decidió plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto, pues considera que la marca controvertida está indisolublemente vinculada a una suela de zapato. En este sentido, consulta si, según la directiva, el concepto de “forma” se limita a las características tridimensionales de un producto, como son el contorno, la dimensión y el volumen, o si comprende también otras características, como el color.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que un signo que consiste en un color aplicado a la suela de un zapato no está comprendido dentro de los presupuestos de denegación o de nulidad del registro de la forma de un producto. Dicho signo no está constituido “exclusivamente” por la “forma”, en el sentido de la directiva.

Al no haber en la directiva una definición del concepto de “forma”, la determinación del significado y alcance de este término debe efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente. Del sentido usual del término no resulta que un color en sí mismo, sin estar delimitado en el espacio, pueda constituir una forma.

Además, se estimó que, si bien la forma del producto o de una parte del producto desempeña un papel en la delimitación del color en el espacio, no puede

considerarse que un signo esté constituido por la forma, cuando lo que se persigue al registrar la marca no es proteger su forma, sino únicamente la aplicación de un color en un lugar específico del producto.

En el presente asunto, la marca no consiste en una forma específica de suela de zapatos de taco alto, dado que su descripción indica expresamente que el contorno del zapato no forma parte de la marca, sino que únicamente sirve para poner de relieve la posición del color rojo objeto del registro. No cabe considerar que un signo, como el controvertido en el presente asunto, esté constituido “exclusivamente” por la forma, cuando su objeto principal es un color precisado mediante un código de identificación internacionalmente reconocido.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-163/16, *Christian Louboutin y Christian Louboutin SAS c. Van Haren Schoenen BV*, sentencia del 12-6-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202761&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=971133>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de la seguridad social. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Pensiones del Estado. Requisitos para el reconocimiento del cambio de sexo. Normativa nacional que supedita el reconocimiento a la anulación de un matrimonio anterior al cambio de sexo. Denegación de una pensión estatal de jubilación a una persona que ha cambiado de sexo a partir de la edad de jubilación de las personas del sexo adquirido. Discriminación directa por razón de sexo. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la Directiva de la Unión 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, prohíbe la discriminación por razón de sexo en lo que respecta a las prestaciones públicas, entre ellas, las pensiones de vejez y de jubilación. No obstante, la directiva prevé una excepción en cuanto a la fijación de la edad jubilatoria para conceder pensiones de vejez y de jubilación. El Reino Unido ha ejercido ese derecho de manera que la edad de jubilación para una mujer nacida antes

del 6 de abril de 1950 es de 60 años, mientras que para un hombre nacido antes del 6 de diciembre de 1953 es de 65 años.

MB es una persona de sexo masculino nacida en 1948, que se casó con una mujer en 1974. En 1991 empezó a hacer vida como mujer, y en 1995 se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo. Sin embargo, MB no disponía de un certificado de reconocimiento definitivo de su cambio de sexo, cuya concesión exigía, en virtud de la normativa nacional, la anulación de su matrimonio.

La situación ha cambiado en el Reino Unido. La Ley reguladora del matrimonio entre personas del mismo sexo, que entró en vigor el 10 de diciembre de 2014, permite actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Su anexo 5 modificó el art. 4 de la Ley sobre el reconocimiento del sexo de las personas, en el sentido de que ahora los comités de reconocimiento de sexo deben expedir un certificado de reconocimiento definitivo del nuevo sexo a todo solicitante casado, siempre que su cónyuge dé su consentimiento. MB y su esposa deseaban seguir casadas por motivos religiosos.

En 2008 MB cumplió 60 años, por lo que solicitó una pensión estatal de jubilación. Esta solicitud fue denegada porque, al no disponer de un certificado de reconocimiento definitivo de su cambio de sexo, no cabía considerarla mujer para determinar su edad legal de jubilación. MB recurrió esta decisión ante los tribunales británicos, y alegó que la disposición en virtud de la cual no debe estar casada constituye una discriminación contraria al derecho de la Unión.

El Tribunal Supremo del Reino Unido consultó al Tribunal de Justicia si la situación resultaba compatible con la directiva.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró inadmisibles exigir a una persona que ha cambiado de sexo la anulación de un matrimonio celebrado antes del procedimiento quirúrgico para poder optar por una pensión de jubilación a la edad prevista para las personas del sexo que ha adquirido.

Un requisito de esta índole constituye una discriminación directa por razón de sexo.

En el presente asunto no se planteó la cuestión de si el reconocimiento jurídico de un cambio de sexo puede supeditarse con carácter general a la anulación de un matrimonio celebrado antes del cambio de sexo. Sin embargo, aunque el reconocimiento jurídico del cambio de sexo y el matrimonio son cuestiones relativas a la competencia de los Estados miembros en materia de estado civil, los Estados deben respetar el derecho de la Unión, especialmente el principio de no discriminación, al ejercer su competencia en este ámbito.

La directiva, en atención a su objeto y a la naturaleza de los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar como consecuencia del cambio de sexo del interesado. A este respecto, a efectos de aplicar la directiva, debe considerarse que han cambiado de sexo quienes hayan vivido durante un período significativo como personas de un sexo distinto al de su nacimiento y que se hayan sometido a una operación de cambio de sexo.

El requisito de anular el matrimonio para acceder a una pensión jubilatoria estatal a partir de la edad de jubilación legal de las personas del sexo de que se trate se aplica únicamente a las personas que hayan cambiado de sexo. Por lo tanto, la normativa británica confiere un trato menos favorable a las personas que cambiaron de sexo después de haberse casado que a las personas casadas que conservaron su sexo de nacimiento.

El Tribunal examinó si la situación de una persona que hubiera cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la situación de una persona casada que hubiera mantenido su sexo de nacimiento, requisito que debe cumplirse para determinar si una diferencia de trato constituye una discriminación directa.

Al respecto, observó que la finalidad del régimen legal de pensiones de jubilación en el Reino Unido es garantizar una protección frente al riesgo de vejez, al conferir al interesado una pensión en función de los aportes abonados a lo largo de su carrera profesional, con independencia de su situación matrimonial.

Se concluyó que, en vista de ese objetivo y de esos requisitos de concesión, la situación de una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la de una persona casada que ha conservado su sexo de nacimiento. La finalidad del requisito de anulación del matrimonio (finalidad que consiste en evitar el matrimonio entre personas del mismo sexo) es ajena al régimen de la pensión de jubilación. En consecuencia, esa finalidad no afecta al carácter comparable de la situación de las dos categorías de personas mencionadas en lo que respecta al objetivo y a los requisitos de concesión de la pensión.

Dado que ninguna de las excepciones admitidas por el derecho de la Unión resulta aplicable a la diferencia de trato controvertida, el Tribunal consideró que la normativa británica constituye una discriminación directa por razón de sexo y está, por tanto, prohibida por la directiva.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *MB/Secretary of State for Work and Pensions* (cambio de sexo y pensión de jubilación), asunto C-451/16, sentencia del 26-6-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddfb7c2da044cd4e85a440acb57b1457ce.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyOahf0?text=&docid=203337&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=970928>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del consumidor. Acción colectiva. Fuero del consumidor. Contratos. Facebook. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Maximilian Schrems, que reside en Austria, demandó a la empresa Facebook Irlanda ante los tribunales austríacos y la acusó de haber infringido diversas normas de protección de datos en relación con su cuenta privada de Facebook y con las de otros muchos miles de usuarios de todo el mundo, cuyos derechos también representaba.

Schrems afirmó que utiliza una cuenta de Facebook desde 2010 únicamente como particular. Agregó que, desde 2011, tiene además una página de Facebook para informar a los usuarios sobre su actuación contra Facebook Irlanda, sus conferencias, sus participaciones en debates públicos y sus apariciones en los medios, así como para solicitar donaciones y hacer publicidad de sus libros. Aseveró que siete de los usuarios que representa son consumidores y residen en Austria, Alemania y la India.

Schrems solicitó, entre otras cosas, que los tribunales austríacos declararan inválidas determinadas estipulaciones contractuales y que condenaran a Facebook, por una parte, a dejar de utilizar algunos de sus datos para sus propios fines o los de terceros y, por otra parte, a que los indemnizara.

Facebook alegó que los órganos jurisdiccionales austríacos no son competentes a nivel internacional. Sostuvo que Schrems no puede invocar el Reglamento CE 44/2001 del Consejo Europeo, del 22 de diciembre del 2000, que permite a los consumidores demandar a una contraparte contractual extranjera ante los tribunales de su domicilio (fuero del consumidor). Además, dado que Schrems también utiliza Facebook con fines profesionales (en una página destinada a informar de sus acciones contra la empresa), no puede ser considerado consumidor. En cuanto a los derechos cedidos, Facebook alegó que el fuero del consumidor no es aplicable a quienes habían cedido a Schrems sus derechos a accionar, porque ese foro no es transferible.

En este contexto, el Tribunal Supremo Civil y Penal de Austria pidió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que precisara las condiciones en las que puede invocarse el fuero del consumidor.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que Schrems puede promover una acción individual contra Facebook Irlanda en Austria. Pero, en su condición de cesionario de los derechos de otros consumidores, no puede acogerse al fuero del consumidor para entablar una acción colectiva.

El usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de consumidor cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios de internet, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales.

Sin embargo, no puede invocar el fuero del consumidor al ejercer una acción como consumidor ante el tribunal del lugar en el que está domiciliado no por derecho propio, sino por la violación de los derechos cedidos por otros

consumidores domiciliados en el mismo Estado miembro, en otros Estados miembros o en terceros Estados.

El fuero del consumidor solamente se aplica, en principio, cuando el contrato celebrado entre las partes tiene por objeto un uso no profesional del bien o servicio de que se trate. En cuanto a los servicios de una red social digital que van a ser utilizados durante un largo período de tiempo, debe tenerse en cuenta la evolución posterior del uso que se hace de ellos.

Así, el apelante usuario de esos servicios que promueve una acción judicial solo puede invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de dichos servicios, para el cual celebró inicialmente un contrato, no adquirió con posterioridad un carácter esencialmente profesional.

Como el concepto de consumidor se define por oposición al de operador económico, y es independiente de los conocimientos y de la información de la que alguien realmente disponga, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte esos servicios, ni su participación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de estos, la privan de la condición de consumidor. En efecto, una interpretación del concepto de consumidor que excluya tales actividades equivaldría a impedir una defensa efectiva de los derechos que estos tienen frente a los profesionales con quienes contratan, incluso los relativos a la protección de sus datos personales.

El fuero del consumidor se creó para protegerlo como parte del contrato en cuestión. Solo se protege al consumidor en la medida en que sea personalmente demandante o demandado en un procedimiento. Por lo tanto, el accionante que no sea parte en el contrato celebrado con los consumidores de que se trate no puede acogerse al fuero.

La misma regla se aplica también respecto de un consumidor cesionario de los derechos de otros consumidores.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Ltd.*, sentencia del 25-1-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198764&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=641032>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del consumidor. Instituciones educativas. Contratos. Cláusulas abusivas. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Susan Kuijpers estudió en una institución de educación superior (Karel de Grote) de Bélgica durante los años académicos 2012/2013 y 2013/2014. Como no pudo saldar en un solo pago los €1546 que adeudaba en concepto de matrícula y de gastos de un viaje de fin de estudios, celebró un contrato escrito con la entidad educativa —que es financiada con fondos públicos— en el que acordaron un plan de pago a plazos sin intereses. Según lo estipulado, el departamento de asistencia a los estudiantes de Karel de Grote le adelantó el importe que necesitaba para saldar su deuda y la estudiante se comprometió a transferirle siete cuotas mensuales de €200. La deuda restante (€146) se cancelaría el 25 de septiembre de 2014. Además, el contrato estipulaba unos intereses a una tasa del 10 % anual en caso de falta de pago (sin necesidad de intimación previa) y una indemnización por gastos de cobro (del 10 % del importe no abonado, con un mínimo de €100). Pese a haber recibido una intimación por escrito, Kuijpers no efectuó los pagos.

En 2015, la entidad educativa demandó a Kuijpers ante el juez de Paz de Amberes. Solicitó que se la condenara a pagar el importe adeudado (€1546), más los intereses por mora a una tasa del 10 % devengados desde el 25 de febrero de 2014 (€269,81) y una indemnización de €154,60. Kuijpers no compareció ante ese órgano jurisdiccional ni tampoco lo hizo nadie en su nombre.

En este contexto, el juez belga decidió plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a) si, en un proceso en el que una de las partes fue declarada en rebeldía, se puede examinar de oficio si el contrato cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y b) si una institución educativa principalmente financiada con fondos públicos debe ser considerada “profesional”, en el sentido de la directiva, cuando concede a un estudiante un plan de pago a plazos.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores puede aplicarse a una institución educativa.

El juez nacional está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos celebrados entre las instituciones educativas y los estudiantes y alcanzados por la Directiva 93/13/CEE. Esta obligación supone que el juez nacional también debe examinar si el contrato se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la directiva.

Probablemente, el legislador de la Unión pretendió atribuir al concepto de “profesional” un sentido amplio. En efecto, el punto central es determinar si la relación contractual forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional.

Además, la cuestión planteada no se refiere directamente al cometido formativo de la institución, sino a una prestación complementaria y accesoria a su actividad educativa, es decir, ofrecer a través de un contrato la posibilidad de que una estudiante le devuelva a plazos y sin intereses unos importes adeudados. Esta prestación supone la concesión de facilidades de pago de una deuda existente y constituye esencialmente un contrato de crédito. Por tanto, aunque la comprobación de este extremo queda a cargo del juez nacional, el Tribunal consideró que, al otorgar una prestación complementaria y accesoria a su actividad pedagógica, la entidad actuó como “profesional” en el sentido de la directiva. Esta interpretación resulta corroborada por la finalidad protectora que persigue la directiva. En efecto, en el contrato existe, en principio, una desigualdad entre la institución educativa y la estudiante en materia de información y de competencias técnicas.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-147/16, *Karel de Grote-Hogeschool VZW c. Susan Romy Jozef Kuijpers*, sentencia del 17-5-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202049&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=357946>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho tributario. Afectación de los intereses financieros de la Unión Europea. Evasión fiscal. Fraude en materia del IVA. Proceso penal. Prescripción. Plazos. Principio de legalidad de los delitos y las penas. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la Corte de Casación de Italia y el Tribunal de Apelación de Milán deben pronunciarse en dos procedimientos penales contra dos personas acusadas de cometer fraudes graves vinculados al IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido). Como el presupuesto de la Unión se financia en particular por este impuesto, existe un vínculo directo entre los fraudes en esa materia y los intereses financieros comunitarios. Esos delitos podrían quedar impunes si se aplican las reglas del Código Penal italiano en relación con la prescripción. Por el contrario, los procedimientos podrían desembocar en una condena si se dejase de aplicar el plazo de prescripción previsto en tales normas sobre la base de los principios

enunciados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Taricco*¹, que fue dictada con posterioridad a la comisión de los delitos. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia interpretó el art. 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), conforme al cual la Unión y los Estados miembros tienen el deber de combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión y de ser capaces de ofrecer una protección eficaz. En concreto, dispuso que la ley italiana sobre la prescripción de los delitos en materia de IVA podía infringir el art. 325 del TFUE si impide imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten los intereses financieros de la Unión o establezcan —para fraudes que afecten los intereses financieros del Estado miembro— plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten los intereses financieros de la Unión. El Tribunal de Justicia declaró también que correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes garantizar la plena eficacia de ese artículo y, si es preciso, dejar sin aplicación las normas de prescripción.

La Corte de Casación italiana y el Tribunal de Apelaciones de Milán consideraron, sin embargo, que los principios que se desprenden de la sentencia *Taricco* podrían conllevar una vulneración del principio de legalidad de los delitos y las penas, reconocido en la Constitución italiana. En consecuencia, se dirigieron a la Corte Constitucional de Italia, que expresó dudas sobre la compatibilidad de la solución que resulta de la sentencia *Taricco* con los principios superiores del ordenamiento constitucional italiano y con el respeto de los derechos inalienables de la persona. En concreto, esa solución podría menoscabar el principio de legalidad de los delitos y las penas, que exige, en particular, que las disposiciones penales se determinen con precisión y no puedan ser retroactivas. La Corte Constitucional decidió, por lo tanto, solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una aclaración del sentido que debe darse al art. 325 del TFUE, leído a la luz de la sentencia *Taricco*.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la obligación de proteger los intereses financieros de la Unión Europea se debe conciliar con el respeto del principio de legalidad de los delitos y las penas. Por ello, los jueces italianos, en procedimientos penales que tengan por objeto fraudes graves en materia de IVA, no están obligados a dejar de aplicar las reglas nacionales sobre la prescripción (en base a la sentencia *Taricco*) si, al hacerlo, se vulnera el principio de legalidad.

El art. 325 del TFUE establece precisas obligaciones de resultado a cargo de los Estados miembros, no sujetas a condición alguna en cuanto a la aplicación. Por lo tanto, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes dar plenos efectos a las obligaciones que resultan de esa norma, en particular al aplicar los principios recogidos en la sentencia *Taricco*.

Por otra parte, incumbe principalmente al legislador nacional establecer reglas de prescripción que permitan cumplir con las obligaciones que resultan del art. 325.

¹ Asunto C-105/14, *Ivo Taricco y otros*, sentencia del 8-9-2015, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170863&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=651507>.

Sin embargo, según la Corte Constitucional, en el ordenamiento jurídico italiano la prescripción tiene carácter material y, por lo tanto, está sujeta al principio de legalidad de los delitos y las penas. En ese contexto, cabe recordar, por una parte, las exigencias relativas a la previsibilidad, la precisión y la irretroactividad de la ley penal aplicable que resultan del principio de legalidad de los delitos y las penas (reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y, por otra parte, la circunstancia de que este principio reviste una importancia esencial tanto en los Estados miembros como en el ordenamiento jurídico de la Unión. Por eso, la necesidad de garantizar que los recursos de la Unión se perciban de forma eficaz, que resulta del art. 325, no puede ir en contra del principio de la legalidad de los delitos y las penas.

Por lo tanto, si un juez nacional, en procedimientos que afecten a personas acusadas de haber cometido infracciones en materia de IVA, considera que la obligación de aplicar los principios enunciados en la sentencia *Taricco* vulnera el principio de legalidad, no debería cumplir dicha obligación, aun cuando hacerlo permitiera subsanar una situación nacional opuesta al derecho de la Unión.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: 1) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar. 2) El procedimiento acelerado está previsto en el art. 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el art. 105.1 del Reglamento de Procedimiento de ese tribunal.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-42/17, *M. A. S. y M. B.*, sentencia del 5-12-2017, dictada en el marco de un proceso acelerado, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197423&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=650804>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Protección contra la expulsión de un residente de larga duración. Estatuto de los residentes nacionales de terceros países. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: un ciudadano colombiano, que había obtenido en 2013 un permiso de residencia de larga duración en España, fue posteriormente

condenado a dos penas de prisión de doce y tres meses, respectivamente, razón por la que se lo detuvo en 2015.

Luego se acordó abrir un expediente administrativo de expulsión en su contra. El 29 de junio de 2015, la Delegación del Gobierno en Navarra adoptó una resolución por la que se ordenaba su expulsión del territorio español. Esta resolución estuvo acompañada de una prohibición de entrada en el país durante cinco años y de la extinción de su permiso de residencia de larga duración.

La Directiva 2003/109/CE del Consejo Europeo, del 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, dispone que deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión. Por ello, los Estados miembros únicamente pueden tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando este represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad ciudadana. Antes de adoptar una decisión de este tipo, los Estados miembros deben considerar diversos elementos: la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pamplona afirmó que, en el ordenamiento jurídico español, existen dos modalidades diferenciadas de expulsión administrativa de un ciudadano extranjero: por una parte, la expulsión en concepto de sanción impuesta por la comisión de diversas infracciones administrativas y, por otra parte, la expulsión como consecuencia legal derivada del hecho de ser condenado por conducta dolosa a una pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.1 y 2, respectivamente, de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). En cuanto a los residentes de larga duración en España, señaló que, según la jurisprudencia de algunos tribunales nacionales, la protección reforzada contra las decisiones de expulsión únicamente debe concederse en el caso de sanciones por la comisión de determinadas infracciones administrativas, y no en el de las adoptadas por haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año. Entonces, preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la directiva se opone a esta jurisprudencia.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que, tal como es interpretada por una parte de sus órganos jurisdiccionales, no contempla la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un nacional de un Estado no miembro de la UE, residente de larga duración, respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera sea su naturaleza o modalidad jurídica.

En primer lugar, el objetivo principal de la directiva es la integración de los nacionales de países no miembros de la UE que se han instalado permanentemente en los Estados miembros y que deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión. Antes de adoptar una decisión de este tipo, los Estados miembros deben considerar: la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos

con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen. Por lo tanto, es indiferente que tal medida haya sido acordada como sanción administrativa o como consecuencia de una condena penal, ya que exige una valoración caso por caso que debe recaer, en particular, sobre los aspectos mencionados. Por consiguiente, no puede adoptarse una decisión de expulsión contra un nacional de un tercer Estado, residente de larga duración, por la mera razón de que haya sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año.

Nota de la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-636/16, *Wilber López Pastuzano c. Delegación del Gobierno en Navarra*, sentencia del 7-12-2017, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197528&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=648141>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Refugiados. Derecho a la reagrupación familiar. Derecho de un refugiado menor a la reagrupación familiar con sus padres. Alcance de la mayoría de edad durante el procedimiento de asilo. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: una menor de edad de nacionalidad eritrea, que llegó sin compañía a los Países Bajos, presentó una solicitud de asilo el 26 de febrero de 2014, cuatro meses antes de cumplir la mayoría de edad. El 21 de octubre de 2014, el Secretario de Estado de Seguridad y Justicia neerlandés le concedió 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.

El 23 de diciembre de 2014, una organización neerlandesa que se ocupa de los refugiados presentó 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 que fue presentada, la hija de A y S era mayor de edad.

A y S impugnaron la denegación. En su opinión, el criterio decisivo para determinar si una persona puede ser calificada como “menor no acompañado”, en el sentido de la Directiva de la Unión sobre reagrupación familiar, es la fecha de su entrada en el Estado miembro de que se trate. Por el contrario, el secretario de Estado consideraba que la fecha determinante era aquella en la que se hubiera presentado la solicitud de reagrupación familiar.

Entonces, el tribunal de primera instancia de La Haya, Países Bajos, que debía resolver este asunto, planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia: según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son menores los nacionales de países que no son miembros de la Unión Europea (UE) 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 en ese Estado, 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 refugiados.

A este respecto, la directiva prevé para los refugiados condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, ya que su situación requiere una atención especial, por las razones que los obligaron a huir de su país y que les impiden llevar allí una vida familiar normal. Más concretamente, los refugiados menores no acompañados disponen del 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 ese momento no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro.

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

Hacer depender el derecho a la reagrupación familiar del momento en que la autoridad nacional reconozca como refugiado a la persona interesada y, por consiguiente, de la mayor o menor celeridad con que tramite la solicitud de protección internacional pondría en cuestión la eficacia del derecho a la reagrupación familiar. 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 la duración del trámite de sus solicitudes. Por otra parte, dicha interpretación implicaría que a un menor no acompañado que hubiera presentado una solicitud de protección internacional

le resultaría imprevisible saber si gozaría del derecho a la reagrupación familiar con sus padres, lo que podría menoscabar 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 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 la Oficina 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 de la Unión Europea 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 debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, cuestión prejudicial, 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. Violencia doméstica. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Menores. Alcance en términos de la CEDH. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en 2012 la prensa reportó que ciertos miembros del movimiento religioso de las doce tribus, las familias Tlapak y Pingén, residentes en la comunidad de Wörnitz, y las familias Wetjen y Schott, de la comunidad de Klosterzimmern, infligían castigos a sus hijos golpeándolos con palos. Un año más tarde, un periodista de televisión envió a los servicios locales de protección al menor y al Juzgado de Familia de Nördlingen el video de una cámara oculta que mostraba los castigos infligidos a niños de entre 3 y 12 años.

A pedido de los servicios de protección al menor, los tribunales de familia locales adoptaron medidas cautelares sobre la custodia de todos los niños que vivían en las comunidades de las doce tribus, incluidos los hijos de las familias Tlapak,

Pingen, Wetjen y Schott. Fundaron sus decisiones en los informes de la prensa y en testimonios de antiguos miembros del movimiento religioso. Restringieron ciertos derechos a los padres, como la posibilidad de decidir sobre el lugar de residencia y sobre cuestiones relativas a la salud y escolaridad de sus hijos.

En septiembre de 2013 los servicios sociales asumieron la custodia de los menores. Algunos fueron trasladados a hogares para niños, otros, adoptados. Una vez que los menores fueron trasladados, los tribunales de familia abrieron causas relativas a la custodia en las que ordenaron la intervención de psicólogos.

Las familias Wetjen y Schott cuestionaron las medidas cautelares de los tribunales ante la Corte Europea de Derechos Humanos, mientras que los padres Tlapak y Pingen impugnaron el proceso principal. En ambos casos, los tribunales nacionales habían concluido que los castigos infligidos por los padres constituían abusos y que correspondía privarlos de la custodia, dado el riesgo al que estaban expuestos los niños. El riesgo quedó establecido luego de haber oído a los padres, a los hijos (excepto a los que eran demasiado pequeños para ser interrogados), a los tutores *ad litem* y a los representantes de los servicios de protección al menor. En el caso de las familias Tlapak y Pingen, los tribunales también oyeron al perito psicólogo, así como al especialista designado por los actores. En el caso de las familias Wetjen y Schott, relativo a las medidas cautelares, los tribunales remitieron al expediente principal las conclusiones del psicólogo.

Además, los tribunales expusieron de manera detallada las razones por las cuales no existía otra alternativa para proteger a los menores. En particular, comprobaron que, durante el proceso, los padres seguían convencidos de que los castigos físicos constituían un método legítimo de educación. También señalaron que, aun si los padres hubieran estado de acuerdo con renunciar a los castigos físicos, no había manera de asegurar que el resto de los miembros de la comunidad no los castigaría.

El proceso finalizó en agosto de 2015 y mayo de 2014, respectivamente, cuando la Corte Constitucional Federal rechazó los recursos de los actores.

Los padres Tlepak se mudaron a República Checa sin su hijo, que permaneció bajo custodia. En cuanto al hijo de los Pingen, la medida cautelar quedó en suspenso dado que era desaconsejable separar al niño de su madre, que todavía lo amamantaba. Las otras hijas de los Pingen permanecieron en custodia. La hija mayor de los Schott regresó a su comunidad en diciembre de 2013, a los 14 años, cuando ya no corría riesgo de ser castigada. Las otras hijas de los Schott y el hijo de los Wetjen permanecieron en custodia.

En términos del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar), los padres cuestionaron el proceso por el cual se les habían restringido sus atribuciones sobre los menores y luego habían perdido la custodia. Además, alegaron la excesiva duración del proceso.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que no hubo violación del art. 8 CEDH.

1. Se declaró inadmisibile la queja iniciada por los padres Tlapak y Pinggen respecto de la excesiva demora de la causa. No puede imputarse ningún retraso por el año y once meses que duró el proceso ya que, por el contrario, el tribunal estuvo activo: encargó informes psicológicos, oyó a los actores y a sus hijos, además de recibir otros testimonios, y se encargó de negociar un acuerdo entre los padres y los servicios de protección al menor.

En los casos de las familias Wetjen y Schott la Corte decidió archivar las actuaciones, por considerar que el Gobierno había reconocido la existencia de una violación del art. 8 CEDH en cuanto a la excesiva duración del proceso y su oferta de indemnización.

2. La decisión de restringir el derecho de los padres sobre la guarda de los hijos constituye una lesión a sus derechos a la vida familiar. Sin embargo, las sentencias de los tribunales alemanes, fundadas en el derecho nacional, al contemplar la probabilidad de que los niños continuaran padeciendo castigos físicos, tuvieron el objetivo de proteger sus derechos y libertades.

3. El proceso de decisión fue razonable. Los actores, asistidos por un abogado, tuvieron la posibilidad de sostener sus argumentos en contra de las restricciones impuestas a su autoridad. Los tribunales se pusieron en contacto directo con todas las personas involucradas y establecieron las circunstancias de modo diligente. Considerando el interés general en juego, a saber, la protección efectiva de los niños ante el tribunal de familia, los tribunales alemanes estaban habilitados a tomar en cuenta la opinión del psicólogo como elemento de prueba, aun cuando las familias Tlapak y Pinggen no hubieran prestado su consentimiento. Dada la necesidad de particular celeridad que existe en procesos semejantes, la Corte consideró aceptable que los tribunales no hubieran tenido en cuenta las conclusiones del psicólogo relativas a los Wetjen y a los Schott.

4. Si bien el traslado de menores y la separación de una familia atentan contra el derecho a la vida familiar, razón por la cual solo deben emplearse como medidas de último recurso, las decisiones de los tribunales locales se fundaron en el riesgo que constituían los tratos inhumanos y degradantes, prohibidos en términos absolutos por la Convención Europea. La asistencia que los servicios de protección de la infancia hubieran podido aportar, como la formación de los padres, no brindó una protección efectiva para los niños, ya que los castigos físicos estaban basados en un dogma inquebrantable. El proceso estuvo dirigido a desentrañar una forma de violencia institucionalizada contra los menores que los padres consideraban parte legítima de su educación. Los tribunales adoptaron un acercamiento personalizado que tuvo por objeto saber si cada niño, según su edad, podía ser víctima de castigos físicos. Expusieron de manera detallada las razones por las cuales no disponían de otra solución para proteger a los menores, y la Corte suscribió a sus conclusiones.

En respeto del derecho a un proceso justo, los tribunales nacionales lograron ponderar los intereses de los padres y el interés superior de los niños en términos que no excedieron su margen de apreciación.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Tlapak and Others v. Germany*, sentencias n.ºs 11308/16 y 11344/16, y *Wetjen and Others v. Germany*, sentencias n.ºs 68125/14 y 72204/14 del 22-3-2018, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181584> y <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181583>, respectivamente.



Derecho del trabajo. Comerciantes informales en el espacio público. Aquiescencia de la Administración. Recuperación de bienes de uso público. Políticas públicas compensatorias. Principio constitucional de confianza legítima. Derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo. Derecho a la Igualdad. (Colombia).

Antecedentes del caso: William Enrique Peñaloza Luna, Ignacio Rafael Reyes Medina, Fabio Jiménez Sánchez y Maribel Esther Garizabal Cantillo son propietarios de sendos establecimientos de comercio dedicados al rubro alimentación. Trabajan allí desde hace unos 10 años y de los ingresos que obtienen depende el mínimo vital y el acceso al trabajo de ellos y de su núcleo familiar. Dichos negocios están ubicados en la Carrera 19 y Calle 30, lugar sobre el cual se inició el Proceso de Restitución de Espacio Público n.º 018-13 mediante la Resolución 224/15, que ordenó la restitución de un bien de uso público, confirmada mediante las resoluciones 39/16 y 497/16. El desalojo fue ordenado, pero la medida no fue ejecutada en atención a las sentencias de tutela dictadas por los Juzgados 7 y 9 Civil Municipal de Santa Marta que ordenaban la suspensión del proceso de restitución de espacio público, y que eran concordantes con el fallo dictado por el Juzgado 1 Civil Municipal de Santa Marta.

Como consecuencia del proceso de restitución de espacio público, los demandantes no fueron beneficiarios de ninguna compensación. Por esta razón, consideraron vulnerado el principio constitucional de confianza legítima y sus derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo. Presentaron una acción de tutela contra la Alcaldía y la Secretaría Distrital de Santa Marta que solicitaba que fueran amparados el principio de confianza legítima y sus derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo y, por consiguiente, que se ordenara a la Alcaldía Distrital de Santa Marta y a la Secretaría de Gobierno Distrital de Santa Marta suspender la Resolución 224/2015, hasta tanto se implementaran programas de reubicación o programas sociales para mitigar el impacto causado por el orden de restitución.

En primera instancia, el Juzgado 4 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Marta declaró improcedente la acción de tutela, por considerar que el tema debía ser tratado en la vía ordinaria.

Los accionantes apelaron la sentencia, que fue confirmada por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta.

El proceso fue seleccionado para ser revisado por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo y a la confianza legítima de William Enrique Peñaloza Luna, Ignacio Rafael Reyes Medina, Fabio Jiménez Sánchez y Maribel Esther Garizabal Cantillo y, en consecuencia, revocó la sentencia recurrida.

Se ordenó a la Alcaldía Distrital de Santa Marta y a la Secretaría Distrital de Santa Marta mantener la suspensión del proceso de restitución de espacio público ordenado por la Resolución 224/15 —y confirmada por las Resoluciones 39/16 y 497/16—, hasta tanto se ofrecieran a los accionantes políticas, programas y medidas precedidas de un análisis cuidadoso de la evolución de su situación socioeconómica; se asegurara de que las alternativas ofrecidas correspondieran, en su alcance y cubrimiento, con las dimensiones cambiantes de la realidad socioeconómica, y se garantizara que dichas alternativas fueran ofrecidas a sus destinatarios con anterioridad al adelantamiento de las medidas tendientes a recuperar el espacio público.

1. La Sala de Revisión debió determinar si la Administración distrital de Santa Marta vulneró el principio de confianza legítima y los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo de los accionantes, al ordenar la recuperación del espacio público sin implementar una política pública para mitigar el daño causado por la ejecución de esa medida.

Para ello, la Sala analizó las siguientes cuestiones: a) la naturaleza y protección constitucional del espacio público; b) el espacio público y el derecho fundamental al trabajo amparado por el principio de confianza legítima; c) políticas públicas para resolver la tensión entre la recuperación del espacio público y la protección del derecho fundamental al trabajo, amparado por el principio de confianza legítima.

1.1. Entre las normas constitucionales que regulan el espacio público se encuentran los arts. 63, 82, 102, 313 y 315 de la Constitución Política (CP), marco que delimita su naturaleza jurídica, la de los bienes que lo componen y las competencias de las autoridades administrativas al respecto.

Conforme con el art. 63 CP, los bienes de uso público —pertenecientes al espacio público— son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo que implica que los particulares no puedan ejercer derechos reales sobre ellos y, por ende, que, independientemente del paso del tiempo, no pueden ser alegados derechos adquiridos. Pero no todos los bienes de uso público forman parte del espacio público, ya que son determinados por la CP y la ley. Conforme con el art. 82 CP, la protección e integridad del espacio público es deber del Estado, que además debe velar por que sea destinado al uso común, que prevalece sobre el interés particular, en concordancia con los arts. 1 y 2 CP. El art. 313 CP atribuye competencia a los concejos municipales para reglamentar los usos del suelo. El art. 315 CP obliga a los alcaldes a cumplir y a hacer cumplir el ordenamiento jurídico —integrado también por las normas relativas a la protección y acceso al espacio público— y a recuperar el espacio público invadido. En este supuesto se ha ordenado el desalojo, el cual se implementa con el auxilio de la fuerza pública y a través de medidas que no pueden ser desproporcionadas.

Las reglas diseñadas para la preservación del espacio público no pueden ser consideradas un impedimento para el ejercicio de la libertad de las personas, sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. El objetivo de la recuperación del espacio público es garantizar los derechos superiores de las diferentes esferas sociales, debido a que la invasión puede conducir al cierre de establecimientos de comercio, al traslado de los lugares de trabajo de muchas personas, al difícil acceso a ellas e incluso al favorecimiento de actividades ilícitas, en razón de la complejidad que adquieren tales zonas. En el caso bajo estudio, la importancia de la recuperación radica en armonizar los derechos constitucionales de las dos esferas sociales. La primera corresponde a personas que están pagando impuestos, utilizan servicios públicos domiciliarios, acatan la ley, representan una fuente económica y de empleo, y su actividad económica y modo de subsistencia es el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados. En otro escenario, debe evaluarse la situación particular de quienes, frecuentemente en situaciones socioeconómicas difíciles, invaden el espacio público. Estos casos son de especial relevancia constitucional, ya que la marginación, exclusión e informalidad del mercado laboral influye en que ellos incurran en la invasión a fin de acceder a un sustento económico que les permita acceder a un mínimo vital para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familiares, muchas veces, sujetos de especial protección constitucional.

Ahora bien, cuando estas personas desarrollan sus actividades laborales en los espacios públicos por largos periodos de tiempo, con la aquiescencia u omisión de la administración, sin tener ningún llamado de las autoridades judiciales o administrativas, tiene lugar la confianza legítima generadora de derechos que debe ser amparada.

1.2. A la luz del principio constitucional de confianza legítima, se ha desarrollado la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo cuando comerciantes o vendedores informales ocupan un espacio público para desarrollar su trabajo con la aquiescencia de la Administración. Los derechos no pueden ser desconocidos al iniciar la recuperación del espacio público, menos aún cuando, al producirse un desalojo, los afectados pueden quedar en situación de extrema vulnerabilidad, con lo cual la administración incurriría en la propagación de la pobreza, consecuencia moralmente inadmisible y económicamente irracional.

En este caso, los ciudadanos perciben una situación de aparente legalidad y estabilidad que los lleva a exigir coherencia a las autoridades. Por eso, este principio obliga a guardar concordancia en las actuaciones, a respetar los compromisos adquiridos previamente y a garantizar la estabilidad y prolongación de la situación que permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico. Así, a los comerciantes les asiste la confianza legítima cuando, al ocupar el espacio público, la Administración exterioriza conductas objetivamente concluyentes por tolerar el uso del bien público para el ejercicio de su actividad laboral (por ej., si les han sido concedidas licencias o permisos, o las promesas incumplidas, o ciertos actos de tolerancia en el uso del espacio público).

En el plano de la recuperación del espacio público, la finalidad del principio de confianza legítima consiste en proteger a los ciudadanos afectados frente a cambios

bruscos e intempestivos de las autoridades, que puedan enfrentarlos a una situación sensible que vulnere sus derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo. Esta situación no puede permitirse en un Estado Social de Derecho pues, al denegar el acceso a una fuente de ingresos estable (arts. 25, 54 y 334 CP), se contradicen sus pilares ligados a la dignidad humana. Por ese motivo, se ha determinado que los actos y hechos administrativos que autorizan el ejercicio del comercio informal no pueden ser revocados unilateralmente por la Administración sin que se cumplan los procedimientos dispuestos en la ley.

A los comerciantes ubicados en esas zonas públicas no les asiste *per se y a priori* un derecho adquirido frente al espacio público en virtud de la confianza legítima, en primer lugar, por la naturaleza de estos bienes y, en segundo lugar, por los lineamientos propios de la confianza legítima. Sin embargo, lo que sí se exige es que la administración brinde las garantías suficientes para que el ciudadano se establezca en el nuevo escenario fáctico y jurídico.

1.3. El interés general debe ser protegido por sobre el particular, lo que implica el deber de preservación del espacio público por sobre el interés de los comerciantes o vendedores informales. La tensión entre los derechos en controversia debe resolverse buscando una ponderación y equilibrio en la protección de ambos derechos, y para ello se han implementado medidas que permiten garantizar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes disputados. En ese sentido, debe existir una política pública que integre, por un lado, el tiempo suficiente y razonable para garantizar que los afectados puedan afrontar el nuevo escenario fáctico jurídico al que son expuestos y, por otro, facilitar las medidas pertinentes para la estabilización socioeconómica. Al diseñar y ejecutar las políticas, programas y medidas de recuperación del espacio público, las autoridades competentes tienen el deber constitucional de estudiar la situación con toda la diligencia, prolijidad y sensibilidad social que requiere, haciendo énfasis en la incorporación de variables socioeconómicas reales dentro del proceso de formulación y ejecución señalado. Lo que se debe propender, en definitiva, es a garantizar estos derechos a través de decisiones complementarias. De no resultar posible, tales programas o políticas resultarán contrarios al orden constitucional (sentencias T-773/07 y T-334/15).

En general, la medida que se adopta es la reubicación, con que la autoridad local establece el sitio en el cual los comerciantes o vendedores informales continuarán trabajando. La jurisprudencia ha determinado que está permitido constitucionalmente el desalojo de estas personas para la recuperación del espacio público, bajo dos condiciones: que antes del desalojo se deba llevar a cabo un debido proceso judicial o policial que lo autorice, y que se implementen políticas públicas que garanticen la reubicación. A su vez, exige la garantía de que los afectados puedan continuar con sus tareas en la nueva zona asignada, y la administración municipal deberá facilitar la ubicación en el nuevo lugar de trabajo, el traslado y la reiniciación de labores. Así, pues, no es posible dejar sin alternativas concretas a quienes de buena fe estaban ocupando durante mucho tiempo el espacio público. Resulta grave e injusto que los trabajadores y familias pierdan su situación laboral sin que se les ofrezcan soluciones alternativas.

La reubicación no es la única alternativa. Es posible adoptar medidas distintas o colaterales, lo que dependerá de los ofrecimientos y el análisis de los presupuestos, los planes de desarrollo y las políticas que estén debidamente señaladas. Y, al no tratarse de derechos adquiridos, es necesario aclarar que la medida de protección que se da no equivale a una indemnización ni reparación ni tampoco es un desconocimiento del principio de interés general.

2. El procedimiento de restitución de espacio público se encuentra suspendido, puesto que se están estudiando las alternativas para mejorar y dignificar las condiciones de trabajo de los accionantes. Al efecto, se han efectuado estudios socioeconómicos, inclusive censos en los sectores ocupados y estudios sobre diferentes políticas de reubicación, que señalan las adecuaciones estructurales que exige el procedimiento y destacan el interés del Gobierno por lograr la reubicación conforme con las políticas más apropiadas.

3. A diferencia de lo que sucede en otros asuntos de tutela en los cuales la protección del juez constitucional se ha dirigido a la resolución de la tensión entre la protección del espacio público y de los derechos de los comerciantes informales o incluso de vendedores ambulantes, desde ya se evidencia que la garantía constitucional que se busca en esta ocasión implica un argumento reforzado. El objetivo es proteger la confianza legítima de accionantes que, en tres de los cuatro casos, aportaron certificados de matrículas mercantiles y registros únicos tributarios en los que consta la dirección de sus establecimientos de comercio, de los cuales hoy se ordena su reubicación. Se trata de personas que pagan los impuestos y los servicios públicos. Por consiguiente, la negligencia u omisión de la administración municipal en este caso fue ostentosa y desconocía toda confianza que los ciudadanos hubieran podido depositar en ella.

4. El espacio que se pretendía restituir es definido por las autoridades municipales como un bien de uso público perteneciente al espacio público, destinado a la satisfacción del interés general y a la utilización colectiva. En este sentido, constituye un bien inembargable, imprescriptible e inalienable y, en consecuencia, independientemente de que los accionantes hubieran trabajado en esa zona por un tiempo prolongado, ello no significa que hubiesen adquirido algún derecho real.

Así, ante la ocupación indebida del espacio público, las autoridades municipales iniciaron el proceso de recuperación en procura de que pudiera volver a ser destinado al uso común y se garantizara la prevalencia del interés general como lo exige la CP. Igualmente, el proceso fue iniciado para evitar perjuicios a las personas ubicadas en sectores aledaños. Al efecto, se destacó que la invasión de zonas de uso común podía generar el cierre de establecimientos de comercio, el injusto traslado de los lugares de trabajo y el difícil acceso a esas zonas, a pesar de que se tratara de personas que cumplen con sus obligaciones legales, y de que constituyera una fuente de trabajo para muchas otras.

5. Existieron pruebas objetivamente concluyentes respecto de la actitud permisiva de la administración en la ocupación del sector que hoy se pretende recuperar. Por ello, a los demandantes se les generó una imagen de legalidad, que implica su protección a través del principio de confianza legítima y, por ende,

las autoridades administrativas no pueden revocar unilateralmente los actos y omisiones que autorizaron el ejercicio del comercio. De incurrir en una actuación así se contradecirían, además del principio de confianza legítima, los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo de los demandantes y, con ello, las garantías superiores consagradas en los arts. 25, 54 y 334 CP, que exigen al Estado garantizar el acceso a una fuente de ingresos, con el fin de que los ciudadanos logren ser beneficiarios de todos los bienes y servicios y, esencialmente, la satisfacción de sus necesidades básicas. Por consiguiente, las condiciones laborales de los accionantes no podían modificarse por la administración municipal sin implementar las políticas adecuadas de acuerdo con los estudios socioeconómicos integrales. Y, hasta tal evento, no puede ejecutarse la orden de desalojo.

6. Por otra parte, antes de la orden de desalojo, la administración local no había llevado a cabo medidas de reubicación ni ofrecido alternativas de trabajo formal. Si bien la administración tenía la obligación de adelantar las políticas concernientes a la restitución del espacio público, en procura de salvaguardar el interés general, lo cierto es que, antes de la orden de desalojo, deberían haberse adoptado políticas públicas idóneas y adecuadas para que los accionantes pudieran hacer la transición al nuevo escenario fáctico y jurídico. De esta manera, se logra morigerar el daño y armonizar la coexistencia de los derechos en colisión. Es decir, se protege el espacio público y, a la vez, los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo de los accionantes.

7. Ahora bien, carece de toda justificación constitucional que en el procedimiento realizado por los accionantes no se hubiese concedido el amparo, que, en cambio, sí fue brindado a otros ciudadanos que se encontraban en circunstancias análogas por los jueces constitucionales que conocieron sus acciones de tutela.

Ello conduce a la vulneración de la igualdad, derecho fundamental de rango constitucional. Si bien en el momento las medidas se encuentran suspendidas, lo cierto es que podría conducir en el futuro a que los accionantes se vean sometidos a condiciones discriminatorias.

8. Con fundamento en todo lo anterior, y en aras de evitar que los accionantes se vean expuestos a un perjuicio irremediable, y de prevenir la vulneración de sus derechos fundamentales, el juez constitucional atendió la importancia del amparo requerido, por lo que concedió el amparo del principio de confianza legítima y de los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo de los accionantes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por William Enrique Peñalosa Luna y otros c. Alcaldía Distrital de Santa Marta y Secretaría de Gobierno Distrital de Santa Marta, sentencia T-257/17, del 27-4-2017, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-257-17.htm>.



DERECHO DEL TRABAJO. DESPIDO. Uso de un vehículo del empleador para fines particulares. Recurso de casación para la unificación de doctrina. (España).

Antecedentes del caso: D. Baldomero trabajaba en la empresa Securitas Direct España como vendedor y especialista en alarmas. El 6 de julio de 2014, junto con compañero de oficina, fuera del horario de trabajo y sin cumplir ninguna tarea laboral, utilizó el vehículo de la empresa para “salir de copas”. Mientras Baldomero tenía relaciones sexuales con una prostituta, entregó el automóvil a su compañero para “hacer tiempo”. A juicio de la compañía, el vehículo fue empleado para fines que no eran profesionales.

Baldomero fue investigado por posible robo con intimidación por una denuncia de la prostituta, por lo que, asimismo, el vehículo fue retirado por la Policía Municipal y detenido por la Policía Nacional.

Días después, la empresa comunicó a Baldomero su despido disciplinario. Argumentó que los hechos menoscababan gravemente la imagen y prestigio de la compañía, y que eran incompatibles con la lealtad y buena fe debida, ya que era perfectamente identificable que el vehículo pertenecía a Securitas Direct.

Baldomero demandó a Securitas por su despido. El Juzgado de lo Social 5 de Alicante dictó sentencia y desestimó la pretensión, pero Baldomero la recurrió.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó el recurso y, en consecuencia, confirmó la sentencia impugnada. Consideró que la conducta del recurrente constituía una transgresión a la buena fe contractual y una falta de colaboración a la buena marcha del negocio empresarial, a lo que se sumaba su intención de ocultar los hechos, ya que no informó a la compañía de la retención del vehículo.

Baldomero interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina contra la última sentencia.

Sentencia: la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo declaró la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Baldomero.

1. La Sala IV de lo Social acordó abrir el trámite de inadmisión por falta de contradicción. Requirió a la parte recurrente que, en el plazo de cinco días, presentara alegaciones, pero no lo hizo. El ministerio fiscal emitió un informe que estimó procedente la inadmisión del recurso.

El art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige que haya, a fin de dar viabilidad al recurso de casación para la unificación de doctrina, contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial, que puede ser una sentencia de una sala de lo social de un tribunal superior de justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción existe cuando las resoluciones que se comparan contienen pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, cuando surgen respuestas judiciales diversas ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí es preciso, como señala la

norma citada, que, respecto a los mismos litigantes u otros en una situación similar, se haya llegado a distintas decisiones pese a haberse tratado de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

La Sala consideró que esa exigencia no se cumple en este recurso. El objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina es la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 8 de abril de 2016, en la que se confirmó el fallo adverso a la pretensión por despido del recurrente.

2. La contradicción alegada es inexistente, ya que son diferentes los supuestos de hecho y los extremos acreditados. En particular, las conductas imputadas en cada uno de los fallos no presentan ninguna similitud. En el primer caso, se declaró procedente el despido al constatar que Baldomero, junto con un compañero de trabajo, fuera del horario laboral y sin realizar ningún servicio para la empresa, utilizó el vehículo (perfectamente identificable como de Securitas Direct) para salir de fiesta y tener relaciones con prostitutas. A partir de la denuncia de una prostituta, fue investigado por un posible robo con intimidación y el vehículo fue retirado por la Policía Municipal y detenido por la Policía Nacional. El accionante intentó ocultar estos hechos a la empresa.

En cambio, en el otro caso, se le imputaba a un hombre el abandono injustificado de sus obligaciones laborales y la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. En horario de trabajo, con el uniforme y el vehículo de la empresa y tras una breve conversación, invitó a una mujer a subir a la camioneta para dirigirse a un área apartada, donde permanecieron por más de media hora. Sin embargo, la única conducta acreditada es que el trabajador perdió media hora de trabajo charlando con una mujer en un polígono industrial. Él afirmó que era conocida suya y que subió con ella a la camioneta, donde continuó la conversación. No está probada la comisión de una conducta sancionable, pues no se demostró que la mujer ejerciera la prostitución o que el accionante contratara prestación alguna de contenido sexual, ni tampoco que alguna actividad sexual se hubiera desarrollado en el interior del vehículo. De cualquier manera, la Sala IV de lo Social resaltó reiteradamente la dificultad para unificar criterios doctrinales en materia de calificación de conductas a los efectos del despido disciplinario.

3. En su sentencia del 8 de junio de 2006 (recurso n.º 5165/2004), la Sala señaló que la exigencia legal de igualdad sustancial en los hechos restringe acusadamente la viabilidad del recurso de unificación de doctrina en tipos de controversias tales como los despidos, en los que la decisión judicial se sustenta en una valoración individualizada de circunstancias de hecho por la dificultad que supone encontrar términos homogéneos de comparación. Agregó que esa dificultad persiste, como es lógico, en la extinción de los contratos por causas objetivas. Advirtió que, en relación con los despidos disciplinarios, la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan

situaciones sustancialmente iguales. En estos casos, la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico. Así, para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es “grave y culpable”, se deben valorar todas las circunstancias concurrentes no solo respecto del hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y a la persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece.

4. Dado que el recurrente no formuló alegaciones en el trámite oportuno, y de acuerdo con lo informado por el ministerio fiscal, la Sala declaró la inadmisión del recurso, sin imponer costas al accionante.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala IV de lo Social, recurso de casación n.º 2639/2016 para la unificación de doctrina promovido por D. Baldomero c. la sentencia del 8-4-2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia del 3-5-2017 en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8035709&links=despido%20o%20prostituta%20o%20vehiculo%20%22%202639%2F2016%22%20%22ROSA%20MARIA%20VIROLES%20PI%20C3%91OL%22&optimize=20170529&publicinterface=true>.



Derecho informático. Redes sociales. Calumnias e injurias. Difamación a través de Facebook. Tipificación penal. Proceso penal. Principio de congruencia. Derecho de defensa. Derecho al debido proceso. (Italia).

Antecedentes del caso: el juez de paz de la ciudad de Cagliari declaró culpable a X por los delitos de injurias, amenazas y difamación a través de la red social Facebook contra Z, su ex conviviente y madre de su hija. El Tribunal de Cagliari revocó parcialmente la sentencia del juez de paz y absolvió al imputado de los delitos de injurias y amenazas. Asimismo, modificó la pena para el delito de difamación disponiendo una multa de €150 y redujo la condena a €300 en concepto de indemnización por daños y perjuicios a la parte civil. Además, condenó al imputado al pago de las costas del juicio.

X interpuso un recurso ante la Corte de Casación impugnando la sentencia del Tribunal de Cagliari. Alegó una violación de los arts. 521 y 522 del Código Procesal Penal (CPP) por falta de correlación entre acusación y sentencia, al sostener que no había coincidencia entre la conducta descrita en la imputación como “comunicación con varias personas en Facebook” y la motivación de la sentencia y la condena, que se refieren a “la publicación de las frases difamatorias en el muro de Facebook”. Asimismo, alegó una violación de los arts. 125.3 y 606.1, letra e CPP por contradicción en la motivación de la sentencia y alteración de la prueba. Por

otra parte, alegó la existencia de una lesión de sus derechos de defensa de acuerdo con la interpretación de la Corte de Casación, así como de su derecho a un proceso equitativo según los principios de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia desestimó el recurso y dispuso que el recurrente debía pagar las costas procesales.

El recurso es infundado. La conducta del recurrente se enmarca en un contexto más complejo de amenazas, molestias y malos tratos hacia su ex conviviente.

La jurisprudencia de la Corte ha definido que el defecto de correlación entre acusación y sentencia solo resulta relevante cuando se verifica una transformación o sustitución de las condiciones que representan los elementos constitutivos de la imputación, y no cuando la transformación se refiere a detalles marginales que no son esenciales para la tipificación del delito y de los que el imputado haya podido defenderse en el curso del proceso.

Por otra parte, no se observa discrepancia real alguna —sobre todo desde el punto de vista del significado de los hechos— entre las dos conductas que la defensa considera no coincidentes. La imputación se refiere a la comunicación de los contenidos difamatorios impugnados con varias personas en la red social Facebook, que no excluye la utilización de un “muro” para dicha difusión (es decir, de un sitio vinculado al perfil del usuario donde es posible publicar *posts*, imágenes, videos y links, que son visualizados por todos aquellos que tienen acceso al perfil). Ahora bien, la circunstancia de que en la imputación no se haya indicado la palabra “muro”, lugar donde fueron publicadas las frases difamatorias, resulta irrelevante y no determinante. En efecto, tales detalles surgieron en el curso de la audiencia preliminar y, en consecuencia, eran de conocimiento del imputado, quien ejerció sus derechos de defensa con base en ellos. Asimismo, es indudable que en el curso del proceso el recurrente tuvo ocasión de conocer las características específicas de la conducta difamatoria que se le imputaba. En consecuencia, la Corte consideró que no se había verificado violación alguna de los derechos de defensa del imputado.

Por otro lado, resulta irrelevante la alegada violación de los principios de la Convención Europea de Derechos Humanos en materia de proceso equitativo (art. 6) y de mutación de la calificación jurídica de los hechos. En efecto, no se trata, en este caso, de una disociación entre la impugnada tipificación del delito y el título del delito por el que se condena, sino de una mera e infundada falta de correspondencia entre el hecho materialmente identificado de la imputación y aquel por el que se condenó al recurrente. No entra en juego, entonces, la mutación de la calificación jurídica de los hechos, que permanece circunscripta al delito de difamación, sino solamente la presunta distancia entre impugnación formalizada e impugnación efectivamente comprobada por la sentencia impugnada.

En relación con los mensajes y los contenidos difundidos a través de Facebook, la jurisprudencia consolidada de la Corte afirma que la difusión de un mensaje difamatorio a través del uso de un “muro” de Facebook constituye una hipótesis de difamación agravada de conformidad con lo dispuesto por el art. 595.3 del Código Penal, toda vez que se trata de una conducta potencialmente capaz de alcanzar un

número indeterminado o cuantitativamente apreciable de personas. Por otro lado, la eventualidad de que entre los lectores del mensaje se encuentre la persona a la que se dirigen las expresiones ofensivas no permite cambiar la denominación del título por el de injuria. En general, es dable esperar la subsistencia del requisito de comunicación con varias personas cuando la expresión ofensiva es publicada en un soporte normalmente destinado a ser visualizado por varios individuos. Es indudable, entonces, que la función principal de la publicación de un mensaje en el “muro” o perfil de Facebook es compartirlo con grupos más o menos amplios de personas que tienen acceso al perfil. De otra manera, no tendría sentido denominar red social a Facebook.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 40083 del 6-9-2018, en <http://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2018/09/sentenza-40083-2018.pdf>.



Derecho informático. Redes sociales. Derecho a la libertad de expresión: restricciones. Interés público. Derecho a la intimidad. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Derecho a la imagen. Delitos contra la integridad sexual. Publicación de la identidad. (Finlandia).

Antecedentes del caso: en septiembre de 2013, B fue condenado a prisión por dos años y dos meses por el delito de abuso sexual agravado de un niño de 14 años. La condena fue difundida por varios medios de prensa nacionales junto con el nombre y la edad de B (26 años), la edad de la víctima, y el lugar y fecha en que ocurrió el delito.

A administraba un grupo público de Facebook llamado “En apoyo de las víctimas de pedofilia”. De acuerdo con el testimonio de A, uno de los propósitos del grupo era difundir condenas judiciales en materia de delitos contra la integridad sexual. En enero de 2014, A compartió el link de una noticia, publicada en septiembre de 2013, relativa a la condena de B. Además, asoció el link de la noticia a una foto de B, tomada de su perfil público de Facebook, a la que agregó el comentario: “¿B ya fue liberado, aparentemente?”.

El tribunal de distrito y el tribunal de apelaciones impusieron una sanción de multa a A por violación del derecho a la intimidad de B. A interpuso entonces un recurso ante la Corte Suprema a fin de que se revocara la sentencia impugnada. Alegó que su conducta no cumplía con los elementos esenciales requeridos para considerar una difusión de información como violatoria del derecho a la intimidad.

Sentencia: la Corte Suprema de Finlandia desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida.

Conforme al art. 8.1 del Capítulo 24 del Código Penal finlandés, toda persona que ilegalmente, mediante el uso de medios masivos de comunicación o de cualquier otra forma que permita el acceso de un gran número de personas, publique información, una alusión o una imagen referida a la vida privada de otra persona, de manera tal que el acto resulte propicio para causarle daño o sufrimiento, o someterla al desprecio público, será condenada al pago de una multa por difusión de información violatoria del derecho a la intimidad.

Sin embargo, de conformidad con el art. 8.3, la manifestación que se haga en consideración de una cuestión de interés general no ha de contemplarse como difusión de información violatoria del derecho a la intimidad si su presentación, de acuerdo con el contenido, los derechos de terceros y demás circunstancias, claramente no excede lo que puede considerarse aceptable.

El art. 8.3 del Código Penal garantiza el goce del derecho a la intimidad contemplado en el art. 10 de la Constitución, el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Contiene una restricción legal sobre la libertad de expresión garantizada en el art. 12 de la Constitución, el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Al aplicar la disposición penal, la Corte debió ponderar la violación del derecho a la intimidad frente a la libertad de expresión para lograr un equilibrio justo entre ambos.

Tanto la información relativa al delito como la condena se refieren a la vida privada de B. Asimismo, la fotografía de B, asociada con la noticia, pertenece al ámbito de su vida privada. Por otra parte, el hecho de que la información compartida por A hubiera sido publicada previamente no elimina la naturaleza de la información como referida a la vida privada de B.

El delito de abuso sexual de un menor acarreó para el agente una condena social considerable y desprecio público. La publicación de la fotografía expuso su identidad. La fotografía pertenecía a la esfera de su vida privada, por lo que asociarla con la noticia del delito supuso una violación particularmente grave de su derecho a la intimidad. B, en tanto individuo, tiene derecho al más alto nivel de protección de su intimidad.

Tanto la noticia linkeada sobre el delito como la fotografía de B habían sido publicadas con anterioridad, por lo que, aun cuando A no hubiese actuado, eran accesibles al público. No obstante, ello no significa que la información en cuestión podía ser publicada por diferentes individuos en diferentes contextos. Además, el hecho de que B mismo hubiera subido su fotografía a su perfil público de Facebook no implica que A tenga un derecho irrestricto de uso sobre esa fotografía, sea cual fuere el contexto. B no prestó su consentimiento para la publicación de una fotografía privada que se hallaba en un sitio personal. Así, la conducta de A resulta ilícita.

Conforme a la Constitución, toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, que no depende de los medios usados para difundir información. Con internet, se expandió notablemente la posibilidad de publicar información con independencia de los medios tradicionales, y la importancia que se asigna a la difusión en aras del debate público ha ido en aumento. Con todo, la obligación de

respetar los límites de la privacidad corresponde no solo a los medios, sino también al debate en internet. Al evaluar caso por caso los derechos vinculados a la libertad de expresión y a la intimidad, entre otros factores, debe tenerse en cuenta en qué medida la información publicada en internet es respetuosa de los principios periodísticos y qué significado tiene a este respecto la publicación en términos de difusión de información y debate público.

Las cuestiones relacionadas con delitos contra la integridad sexual y su punibilidad constituyen importantes temas de debate e interés general. Cuando se trata de asuntos de este tipo, la protección del derecho a la libertad de expresión cobra particular vigor, y queda poco margen para imponer restricciones sobre ella. En efecto, la publicación de información que develó la identidad de B puede estar justificada con fundamento en que el caso involucraba un delito sexual agravado. Debido a la naturaleza de su conducta, B debería haber previsto que su nombre e identidad causarían interés. Las disposiciones legales que protegen la intimidad no fueron concebidas para ofrecer protección contra la pérdida de reputación que resulta de las sanciones normales impuestas a un delincuente por haber cometido un delito.

A publicó la información alrededor de cuatro meses después de que el tribunal de distrito dictara sentencia. A pesar de que la noticia relativa a la decisión del tribunal no era nueva cuando A la compartió, no es posible considerar que hubiera perdido vigencia. Cuando A publicó la noticia, el recurso presentado por B en impugnación de la decisión del tribunal de distrito estaba pendiente de resolución ante el tribunal de apelaciones.

B, en tanto individuo, gozaba del mayor alcance de protección de su intimidad. La identidad de B no revestía importancia general desde el punto de vista del propósito declarado de la publicación. A no solo asoció la noticia del delito a la página web, sino que también publicó una fotografía del agente, lo que constituyó una grave violación a la intimidad de B. Además de que es posible identificar claramente a B en la fotografía, también quedan en evidencia, entre otros datos, sus pasatiempos.

Al examinar separadamente el link a la noticia, la fotografía y el texto breve subido al sitio web, se comprueba que eran adecuados. No obstante, la cuestión no consistía en brindar información acerca del crimen con valor periodístico ni tampoco A había planteado un debate para satisfacer la inquietud general sobre el caso. El objetivo principal de la publicación, que carecía de contenido editorial, había sido identificar a B. La publicación generó un acalorado debate revanchista, aun cuando A alegó haber eliminado docenas de comentarios inapropiados. En particular, haber publicado la fotografía en un contexto semejante constituyó una violación considerable del derecho a la intimidad de B. Como consecuencia, la asociación de la noticia, la fotografía y el texto, en conjunto, supuso para B una fuerte condena social.

Tras haber ponderado el derecho a la libertad de expresión frente a la protección del derecho a la intimidad, la Corte concluyó que la conducta de A excede lo que puede considerarse aceptable. Su comportamiento cumple con

los presupuestos esenciales del delito de difusión de información violatoria del derecho a la intimidad.

CORTE SUPREMA DE FINLANDIA, sentencia KKO 2018:51 del 10-7-2018, en <https://korkeinoikeus.fi/en/index/ennakkopaatokset/shortsummariesofselectedprecedentsinenglish/2018/protectionofpersonalprivacy.html>.



Derecho penal. Allanamientos y registros. Registro de automóviles. Derecho al debido proceso. Derecho a la intimidad. Expectativa razonable de privacidad. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: Latasha Reed alquiló un automóvil en el estado de Nueva Jersey, mientras Terrence Byrd la esperaba fuera del local. En el contrato firmado se advertía que permitir que una persona no autorizada condujera el automóvil constituiría una violación del contrato. Reed no incluyó a otros conductores en el formulario, pero le entregó las llaves a Byrd al salir del local. Este guardó objetos personales en el baúl del coche alquilado y luego partió solo hacia Pittsburgh, Pennsylvania. Cuando Byrd fue detenido por una infracción de tránsito, los agentes del estado de Pennsylvania tomaron conocimiento de que el vehículo era alquilado, de que él no figuraba como conductor autorizado en el contrato y de que, además, tenía condenas anteriores vinculadas a delitos relacionados con estupefacientes y armas. Byrd también declaró que tenía un cigarrillo de marihuana en el automóvil. Los policías registraron el vehículo y hallaron un chaleco antibalas y 49 ladrillos de heroína en el baúl. Las pruebas fueron remitidas a las autoridades federales, quienes imputaron a Byrd delitos federales vinculados a estupefacientes, entre otros.

El tribunal de primera instancia denegó la solicitud de Byrd de que se declarase que la prueba obtenida era inadmisibile por ser el resultado de un registro ilegal, decisión confirmada por el Tribunal Federal de Apelaciones. Ambos tribunales coincidieron en que Byrd carecía de una expectativa razonable de privacidad en el interior del vehículo porque no estaba incluido como conductor autorizado en el contrato de alquiler.

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia.

1. El mero hecho de que un conductor en posesión legítima o que tenga bajo su control legítimo un automóvil alquilado no figure en el contrato de alquiler del vehículo no excluye la expectativa razonable de privacidad que de otra manera tendría.

La referencia a conceptos relativos a la propiedad es instructiva a la hora de “determinar la existencia o inexistencia de intereses que giran en torno al derecho a

la intimidad protegido por la Cuarta Enmienda” (v. *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128, p. 144, n.º 12 —1978—).

Si bien para poder invocar una expectativa razonable de privacidad una persona no siempre necesita tener un derecho patrimonial reconocido en el Common Law sobre el lugar que ha sido registrado (v. *Jones v. United States*, 362 U.S. 257, p. 259 —1960—), la presencia lícita en el sitio, por sí sola, no resulta suficiente, ya que “crea un estándar excesivamente amplio para la ponderación de los derechos garantizados por la Cuarta Enmienda” (*Rakas*, cit. *supra*, p. 142). La Corte no ha establecido una única medida ni una lista exhaustiva de consideraciones relevantes, pero la “legitimidad de las expectativas de privacidad debe tener una fuente más allá de la Cuarta Enmienda, ya sea por recurrir a conceptos propios de los derechos reales u obligaciones, o a concepciones reconocidas y autorizadas por la sociedad” (*id.*, p. 144, n.º 12). Estos conceptos pueden estar relacionados. “Uno de los principales derechos incluidos en el de propiedad es el derecho a excluir a los otros” y “alguien que es propietario o tiene la posesión legítima o bajo su control legítimo un bien tiene, con toda probabilidad, una expectativa legítima de privacidad derivada de su derecho a excluir” (*ibid.*). Este concepto general basado en el derecho de propiedad guía la resolución del presente caso.

La afirmación del Estado de que los conductores no incluidos en los contratos de locación siempre carecen de una expectativa de privacidad en el interior del vehículo se basa en una interpretación demasiado restrictiva de las garantías de la Cuarta Enmienda. No obstante, la propuesta de Byrd de que el único ocupante de un vehículo alquilado siempre tiene una expectativa de privacidad fundada en la mera posesión y control del vehículo incluiría, si no se la limitara, a ladrones u otras personas que no tienen una expectativa razonable de privacidad.

El Estado basa su pretensión de que un conductor no autorizado carece de un interés legítimo vinculado al derecho a la intimidad en el interior del vehículo en una mala interpretación de *Rakas*. En ese precedente, la Corte negó cualquier intento de sostener que los pasajeros no pueden tener una expectativa de privacidad en el interior de los automóviles, pero concluyó que los pasajeros en ese caso no habían invocado “ninguna expectativa legítima de privacidad en las partes del vehículo que fueron requisadas” (cit. *supra*, p. 150, n.º 17). Byrd, en cambio, era el conductor y único ocupante del automóvil alquilado. Su situación es similar a la del demandado en *Jones*, quien tenía una expectativa razonable de privacidad en el departamento de su amigo porque “poseía el total dominio y control del departamento y podía excluir a otros de allí” (v. *Rakas*, *supra*, p. 149). La expectativa de privacidad fundada en la posesión y control legítimos y el derecho concomitante a excluir a otros no debe depender de si un automóvil es alquilado o si es propiedad de alguien distinto de la persona que actualmente lo posee, de la misma forma en que no pareció importar si el amigo del demandado en *Jones* era propietario o inquilino del departamento que había permitido ocupar al demandado durante su ausencia.

El Estado sostuvo, además, que Byrd no tenía fundamentos para invocar una expectativa de privacidad en el interior del vehículo alquilado porque la circunstancia de que lo estuviera conduciendo constituía un incumplimiento tan grave del contrato

de locación celebrado por Reed que la empresa locadora habría considerado “nulo” el acuerdo en cuanto Byrd tomó el volante. Empero, el contrato solo estipula que la violación puede dar lugar a la nulidad de la cobertura pero no del contrato, y a la responsabilidad plena del locatario por toda pérdida o daño, además, el Estado no ha explicado qué implicancias tiene, por sí solo, este incumplimiento del contrato en la expectativa de privacidad dentro del vehículo.

Sin embargo, resulta central, en términos de la expectativa razonable de privacidad en estas circunstancias el concepto de posesión legítima, ya que una “presencia ‘ilícita’ en la escena de la requisita no le permitiría a un imputado impugnar su legalidad” (v. *Rakas*, *supra*, p. 141, n.º 9). Por lo tanto, un ladrón de automóviles no tendría una expectativa razonable de privacidad en el interior de un vehículo robado con independencia del grado de posesión y control que tenga de él.

La Corte dejó para que fuera resuelto cuando se devolvieran las actuaciones el argumento del Estado de que una persona que intencionalmente utiliza a un tercero para procurarse fraudulentamente un automóvil alquilado con el propósito de cometer un delito no se encuentra en una mejor posición que quien roba un vehículo.

2. Asimismo, dejó para que fuera resuelto cuando se devolvieran las actuaciones el argumento del Estado de que aun cuando Byrd tenía derecho a impugnar la legalidad de la requisita, estaba justificada de todas formas por la existencia de una causa probable. El Tribunal Federal de Apelaciones no resolvió esta cuestión porque llegó a la conclusión, como cuestión preliminar, de que Byrd carecía de una expectativa razonable de privacidad en el interior del vehículo alquilado. Dicho tribunal tiene discrecionalidad en relación con el orden en que es mejor abordar las cuestiones que quedan a su consideración.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Byrd v. United States*, sentencia del 14-5-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1371_1bn2.pdf.



Derecho penal. Consulta habitual de sitios web de terrorismo. Derecho a la libertad de comunicación y de expresión. Principio de igualdad ante la ley. Principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas. (Francia).

Antecedentes del caso: una norma de seguridad pública, del 28 de febrero de 2017, restableció el delito de consulta habitual de sitios web de terrorismo, luego de que la ley que originalmente lo tipificaba hubiera sido anulada por la sentencia 2016-611 *QPC* del 10 de febrero. El nuevo artículo 421.2.5.2 del Código Penal sanciona, con una pena de dos años de prisión y una multa de €30 000, a quien

ingrese periódicamente, sin motivo legítimo, a páginas de internet que hagan la apología o provoquen la comisión de actos terroristas y que exhiban imágenes o representaciones de ataques voluntarios a la vida. Con ello, se busca prevenir el adoctrinamiento de individuos para que cometan atentados.

Una persona denunció judicialmente que esta disposición restringía la libertad de comunicación y que no resultaba adecuada, proporcional ni necesaria, porque ya existían normas jurídicas que perseguían el mismo objetivo. Además, argumentó que violaba el principio de igualdad ante la ley, ya que solo reprimía el acceso a contenidos ilegales a través de internet, pero no por otros medios de comunicación. Realizó un planteo similar respecto del principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas, dado que las personas serían inculpas por la simple consulta de páginas web y no por la comisión de determinados actos que permitan presumir la intención de cometer atentados. Así, resulta imposible demostrar que su propósito, al consultar estos sitios, no fuera participar en actividades terroristas.

Entonces, se sometió esto al Consejo Constitucional como una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia declaró que la disposición cuestionada era inconstitucional, ya que afectaba el ejercicio de la libertad de comunicación y de expresión de un modo que no es necesario, adecuado ni proporcional.

La libertad de comunicación implica la posibilidad de acceder a los servicios de comunicación al público en internet y resulta fundamental para participar en la vida democrática y para expresar ideas y opiniones. El legislador puede buscar conciliar esta libertad con la lucha contra la incitación al terrorismo en medios de comunicación *online* con el objetivo de proteger el orden público y prevenir la comisión de delitos. Sin embargo, la libertad de comunicación y de expresión es una condición de la democracia y una garantía del respeto de otros derechos. Las restricciones al ejercicio de esta libertad deben ser necesarias, adecuadas y proporcionales al fin perseguido.

Con respecto al principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas, este marco normativo contiene, más allá de la disposición objetada, un conjunto de medidas y de normas específicas de procedimiento penal que aspiran a prevenir la comisión de actos terroristas. Por otra parte, el legislador confirió a las autoridades administrativas y judiciales numerosas atribuciones para evitar esos ataques. Estas prerrogativas no solo se ejercen para controlar los servicios de comunicación *online* que fomenten el terrorismo y para sancionar a sus autores, sino también para vigilar a quienes los consulten, así como para interpelarlos y castigarlos si su comportamiento revela una intención terrorista.

Por otro lado, ni la consulta de los sitios web ni la manifestación de adhesión a la ideología expuesta en ellos permiten establecer, por sí solas, la existencia de una intención de cometer actos terroristas. La disposición objetada prevé una pena de dos años de prisión por el mero hecho de consultar reiteradas veces un servicio de comunicación *online*, sin que requiera que la intención terrorista del implicado constituya un elemento central. Además, si bien el legislador estableció que la consulta

no incrimina cuando tiene fundamentos legítimos, lo cierto es que el alcance de la excepción es difícil de determinar, pues una persona que adhiere a la ideología de estas páginas de internet puede alegar que posee este tipo de razones. En consecuencia, resulta incierta la licitud de la consulta de ciertos servicios de comunicación *online* y, por ende, el empleo de internet para buscar información.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: una cuestión prioritaria de constitucionalidad es el derecho que cualquiera de las partes de un proceso judicial tiene a plantear que una ley vulnera sus derechos y libertades constitucionales.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2017-682 QPC del 15-12-2017, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017682QPC.htm>.



Derecho penal. Cuestión abstracta. Acciones de clase. Inaplicabilidad de la figura en el proceso penal. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: los jueces del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Sur de California adoptaron una política común para el distrito, que permite poner a la mayoría de los detenidos grilletes y esposas unidas a una cadena que va alrededor de la cintura, con las piernas también encadenadas, al momento de comparecer ante un tribunal en procesos en los que no interviene un jurado.

Jasmín Morales, René Sánchez-Gómez, Moisés Patricio Guzmán y Mark Ring impugnaron esta política en su conjunto y, específicamente, la aplicación de tales medidas a sus respectivos casos.

El tribunal de distrito interviniente rechazó estas impugnaciones, y los accionantes recurrieron ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito. Antes de que el tribunal adoptara una decisión, las causas penales de los recurrentes terminaron. El tribunal, que consideró la causa como una “acción de clase funcional” en la que se planteaban “pretensiones similares a las de las acciones de clase” con el objeto de obtener una “reparación similar a la de las acciones de clase”, decidió que los precedentes de la Suprema Corte relativos a las acciones civiles de clase impedían que el caso deviniera abstracto y, al resolver sobre el fondo de la cuestión, declaró que la política en cuestión era inconstitucional.

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia apelada y declaró que la causa era abstracta.

1. El Poder Judicial federal solo puede resolver conflictos reales y concretos cuya resolución tenga consecuencias directas para las partes involucradas (v. *Genesis HealthCare Corp. v. Symczyk*, 569 U.S. 66, p.71 —2013—). La controversia debe subsistir en todas las etapas de la instancia de revisión y no solo en el momento en

que se interpuso la demanda (v. *Preiser v. Newkirk*, 422 U.S. 395, p. 401 —1975—). Por lo tanto, un caso que deviene abstracto en algún momento del proceso cae fuera de la jurisdicción de los tribunales federales (v. *Already, LLC v. Nike, Inc.*, 568 U.S. 85, p. 91 —2013—).

2. Para llegar a la conclusión de que el caso no resultaba abstracto, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito se fundó en los precedentes de la Corte relativos a las acciones de clase y, muy especialmente, en *Gerstein v. Pugh* (420 U.S. 103 —1975—). La decisión fue incorrecta. *Gerstein* era una acción de clase relativa a la prisión preventiva, impuesta con base en la regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Las pretensiones individuales de los representantes de la clase identificados en la causa, aparentemente, habían devenido abstractas antes de la certificación de la clase. La Suprema Corte resolvió que, pese a ello, el proceso podía continuar y explicó que, dada la naturaleza inherentemente transitoria de la prisión preventiva, ningún representante de la clase podría permanecer detenido el tiempo suficiente para que una clase fuera certificada. El precedente *Gerstein* no admite crear una excepción independiente en materia de cuestión abstracta fuera del marco de las acciones de clase. Pertenece a una familia de fallos que la Suprema Corte consideró relativos a las características específicas de las acciones de clase previstas en la regla 23 [v., por ejemplo, *Sosna v. Iowa* (419 U.S. 393 —1975—), *United States Parole Comm'n v. Geraghty* (445 U.S. 388 —1980—) y *Génesis HealthCare*]. Las Reglas Federales de Procedimiento Penal no prevén, para las causas penales, ningún proceso similar a las acciones civiles de clase. La Suprema Corte nunca permitió que los imputados penales se unieran para obtener protección judicial en sus casos individuales en representación de una clase. Aquí, la mera existencia de pretensiones que, en caso de ser resueltas a favor de los recurridos, podrían beneficiar a otras personas que se encontraran en una situación similar no puede evitar que sus casos devengan abstractos. Esa conclusión no se altera por la decisión del Tribunal de Apelaciones de transformar los recursos de los recurridos en solicitudes a la alzada, en el ejercicio de sus facultades de control, del dictado de una orden dirigida al tribunal inferior.

3. Los recurridos no defienden el razonamiento del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito; antes bien, alegan que las pretensiones de Sánchez-Gómez y Patricio Guzmán caen dentro del ámbito de aplicación de la excepción a la doctrina de los casos devenidos abstractos prevista para las controversias susceptibles de repetición, que eluden la revisión (v. *Kingdomware Technologies, Inc. v. United States* —2016—). Afirman que la excepción resulta aplicable porque Sánchez-Gómez y Patricio Guzmán infringirán nuevamente la ley, serán detenidos y volverán al régimen de prisión preventiva. Sin embargo, la Suprema Corte se ha negado sistemáticamente a aceptar que la exigencia de que exista un caso o controversia pueda verse satisfecha por la posibilidad de que una parte sea procesada por violar leyes penales vigentes (v. *O'Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, p. 497 —1974—). Los recurridos afirman que la negativa habitual a presumir una conducta ilícita futura resulta injustificada en este caso, dadas las circunstancias particulares de los delitos cometidos por Sánchez-Gómez y por Patricio Guzmán, y citan dos casos del fuero civil, a saber, *Honig v. Doe* (484 U.S. 305 —1988—) y *Turner v. Rogers* (564 U.S. 431 —2011—). En ellos, la

Suprema Corte consideró que la posibilidad de que un litigante volviera a cometer el delito que dio lugar a su reclamo generaba a su vez la posibilidad de que fuera invocado nuevamente.

No obstante, los casos *Honig* y *Turner* no son pertinentes en este marco, porque se refieren a litigantes que, por razones que estaban fuera de su control, no podían abstenerse de cometer estos delitos y evitar la recurrencia de la conducta imputada. Por el contrario, Sánchez-Gómez y Patricio Guzmán son capaces —y así se los exige la ley— de abstenerse de volver a incurrir en conductas criminales (v. *Lane v. Williams*, 455 U.S. 624, p. 633, n. 13 —1982—). Por lo tanto, no se justifica ningún apartamiento del criterio establecido.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States v. Sánchez-Gómez et al.*, sentencia del 14-5-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-312_i426.pdf.



Derecho penal. Dolo eventual. Doctrina de la ignorancia deliberada. Derecho tributario. Evasión fiscal. (España).

Antecedentes del caso: Lionel Messi, jugador de fútbol profesional nacido en Argentina, reside en España desde el año 2000 y desde 2005 es ciudadano español. Desde que era menor de edad, y con su conocimiento, sus ingresos fueron administrados por su padre, Jorge Messi, quien continuó haciéndolo una vez alcanzada la mayoría de edad de su hijo (septiembre de 2005).

En su declaración fiscal correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) respecto de los ejercicios 2007, 2008 y 2009, omitió declarar ante la Agencia Tributaria española los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen. Los ingresos fueron ocultados a la Hacienda Pública mediante una estrategia puesta en práctica a principios de 2005, que consistía en crear la apariencia de cesión de los derechos de imagen del jugador a sociedades radicadas en países cuya legislación tributaria permitía la opacidad tanto sobre su existencia como sobre la identidad de los socios y sus operaciones. Complementariamente, se formalizaban contratos de licencia, agencia o prestación de servicios entre aquellas sociedades y otras radicadas en países con convenios de doble imposición, y legislaciones permisivas respecto de operaciones con sociedades domiciliadas en sus territorios.

De este modo, los ingresos percibidos por Lionel Messi se trasladaban desde las sociedades radicadas en países de legislación fiscal permisiva hasta los países de opacidad fiscal, sin someterse a la Administración Tributaria española. Se realizó un entramado societario mediante el cual las empresas interesadas en la explotación comercial de la imagen del jugador Messi, radicadas en Belice y en Uruguay,

contrataban sus servicios a través de sociedades radicadas en Reino Unido y en Suiza y, una vez que los derechos eran cedidos a una sociedad del jugador en Uruguay, contrataban servicios a través de otras sociedades, domiciliadas en Reino Unido y Uruguay. Jorge Messi sabía que por medio de esas sociedades evitaba la tributación ante la Hacienda española de los derechos de imagen de su hijo y que las cuotas incumplidas por los tres ejercicios ascendían a algo más de 4 millones de euros. Antes de que la Corte dictara sentencia, Lionel Messi depositó la mayor parte de esa deuda a la Hacienda Pública.

Cuando ocurrieron los hechos, las legislaciones de Belice y Uruguay permitían la radicación de sociedades con opacidad en cuanto a propietarios y rentas, sin inscripción en registros públicos ni exigencia de presentación de declaraciones fiscales, y eximían de la tributación por las rentas fuera de su territorio. Por su parte, Reino Unido y Suiza contaban con una amplia red de convenios suscritos para evitar la doble imposición, y su legislación no penalizaba fiscalmente las operaciones realizadas con sociedades radicadas en países como Belice y Uruguay.

El Ministerio Fiscal tipificó tales hechos como tres delitos contra la Hacienda Pública —arts. 305 y 305 bis, apartados 1.º y 2 del Código Penal (CP)— en relación con los tres ejercicios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño —art. 21.5 CP—. Consideró responsable de los delitos a Jorge Messi como autor por inducción.

La Abogacía del Estado calificó los hechos como constitutivos de tres delitos contra la Hacienda Pública del art. 305.1 CP. Consideró autores a Lionel —con la atenuante de reparación del daño conforme el art. 21.5 CP— y a Jorge Messi.

Las defensas solicitaron la absolución.

La instrucción fue realizada por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de los de Gavà.

Sentencia: la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Lionel Messi como autor de tres delitos contra la Hacienda Pública —arts. 305 y 305 bis CP—, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada —art. 21.5 CP—, a la pena de siete meses de prisión y una multa, por cada uno de los delitos.

Condenó a Jorge Messi como cooperador necesario de tres delitos contra la Hacienda Pública —arts. 305 y 305 bis CP—, con la concurrencia de la atenuante analógica del art. 21.7 en relación con el art. 21.5 CP, a la pena de siete meses de prisión y una multa, por cada uno de los delitos.

1. Los hechos probados constituyen tres delitos contra la Hacienda Pública de acuerdo con los arts. 305 y 305 bis CP. Se trata de una elusión de pago de impuestos, delito que se integra por dos elementos: un quebrantamiento del deber jurídicamente exigible de declarar los ingresos, y que dicha omisión sea con intención de ocultarlos a Hacienda. Se trata de un delito doloso y también de resultado, en tanto requiere que el perjuicio causado supere determinadas cifras. Constituye un tipo penal en blanco, dado que tiene su complemento en la correspondiente ley fiscal.

Los contratos por los derechos de imagen estaban primeramente vinculados a la familia de Lionel Messi, y después a él. La cesión de los derechos de imagen

significaba la desvinculación formal del jugador de la explotación de su imagen; sin embargo, él continuó presentándose y firmando muchos de los contratos, pese a la cesión de la explotación de derechos a terceras sociedades. También se advirtió una incoherencia entre los negocios jurídicos celebrados durante años que, de ocurrir entre sociedades en las que no hubiera habido vinculaciones familiares o de intereses, habría provocado serios problemas jurídicos entre ellas y con el propio jugador.

La apariencia contractual no guarda relación con la auténtica voluntad de los intervinientes: los precios de la cesión eran ridículos o inexistentes; algunas fechas de los contratos contradecían el contenido de los otros o los tornaban ineficaces; el jugador había firmado contratos como titular de algunos derechos que no ostentaba desde 2005.

Tal simulación de un negocio jurídico indica que la explotación de los derechos de imagen de sociedades interpuestas con residencia en Gran Bretaña y Suiza tenía una clara finalidad defraudatoria para la Hacienda española, ya que ocultaba la realidad de esos ingresos, que iban a parar al jugador, cuya residencia lo obligaba a tributar en España por las rentas obtenidas en cualquier lugar del mundo.

Las defensas han sostenido que las decisiones sobre la utilización de estas sociedades atañían a expertos contratados por la familia Messi, pues los acusados desconocían la legislación tributaria. Si bien es cierto, no los exime de responsabilidad.

2. Por lo dicho, el Tribunal estimó que el caso reúne los elementos que hacen a la tipicidad: el quebrantamiento del deber exigible de declarar los ingresos y la intención de ocultarlos a la Administración Fiscal con el consecuente perjuicio a la Hacienda Pública.

Por otra parte, también se advirtió la especial trascendencia y gravedad de la defraudación, en razón del monto estimado, que derivó en un perjuicio penalmente relevante para la Hacienda Pública.

3.1. A continuación, el Tribunal se refirió a si los hechos fraudulentos son imputables a los acusados, Lionel Messi —en su condición de obligado tributario— y Jorge Messi —como persona encargada de la gestión de los intereses económicos de su hijo—.

3.2. La defensa de Lionel Messi argumentó que el jugador desconocía las decisiones que se tomaban en relación con la explotación de sus derechos de imagen. Sostuvo que no sabía si tributaba por tales derechos, que solamente jugaba al fútbol, que las decisiones eran tomadas por los abogados, y que nunca le preguntó nada a su padre pues confiaba en él. Sí sabía que firmaba contratos por los que tenía que hacer anuncios o posar en fotografías, pero nada más.

Dado que el dolo es requisito para la comisión del tipo en cuestión, debió resolverse si, cuando el obligado tributario encomienda sus asuntos económicos a su padre y a los abogados que contrató, alcanza o no a ser responsable de los ilícitos que puedan cometerse con la explotación de sus derechos de imagen.

Es cierto que cuando se iniciaron los hechos el encartado era menor de edad. Sin embargo, ya como mayor de edad y sin necesidad de que figurara su firma, desde 2005 ha suscripto muchos contratos. Sin embargo, afirmó que nunca supo del

alcance de cada compromiso ni cuáles eran las sociedades intermediarias que también participaban, pese a que, como dueño de una de las firmas —JENBRIL—, había encargado tareas de contratación para la explotación de sus derechos de imagen. Finalmente, también manifestó que no conocía la sociedad JENBRIL y que no era su dueño ni director.

Parte de la doctrina afirma que no es posible descartar como inverosímiles ciertas formas de desconocimiento, por ejemplo, ignorar detalles de determinadas operaciones en las que aparece el nombre de un imputado. Pero algunas sentencias del Tribunal Supremo, particularmente la del 10 de noviembre de 2006, ya manejaban el concepto de indiferencia de quien brinda la colaboración que se le solicita sin preocuparse de las consecuencias (principio de indiferencia) o sin querer saber lo que puede y debe saberse (principio de ignorancia deliberada) para evitar su posible responsabilidad. Quien no quiere conocer voluntariamente el origen de los efectos sobre los que actúa conoce ese origen delictivo. Pese a negar las fuentes de conocimiento, se está representando la posibilidad de la ilegalidad de sus actos y decide percibir los beneficios de los contratos de explotación.

El Alto Tribunal afirmó que existe un deber de conocer que impide desentenderse ante circunstancias sospechosas, que el dolo está en el hecho, cuando la lógica, la ciencia y la experiencia común indican que nadie se presta a determinados negocios sin percibir una contraprestación, y que también incurre en responsabilidad quien actúa con “ignorancia deliberada”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido que quien se pone en situación de ignorancia deliberada —no querer saber aquello que puede y debe conocerse— y sin embargo percibe beneficios, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa y debe responder de sus consecuencias. Otros fallos consideran que la expresión “ignorancia deliberada” encierra una contradicción en sus términos, por no resultar adecuada ni conceptual ni idiomáticamente, ya que si se tiene intención de ignorar es porque se tiene conocimiento de los elementos del tipo y puede hacerse merecedor de una pena. Nadie puede tener intención de lo que no sabe.

El Tribunal comparte las objeciones acerca de tal terminología. También comparte que la ignorancia deliberada o intencional no puede servir como sustitutivo de la obligación que tiene todo juzgador de analizar el dolo, eludiendo el deber de motivación del tipo subjetivo, que no puede ser objeto de simple presunción.

El Tribunal fijó los presupuestos que permiten la punición de quien deliberadamente se pone en situación de ignorancia por no querer saber aquello que puede y debe saber. El tipo se configura independientemente de que el sujeto haya contado con los conocimientos exigidos por el dolo, pero la falta de conocimiento es resultado de una decisión previa, más o menos consciente, de no querer saber.

Para que un hecho antijurídico pueda ser imputado a su autor, es necesaria la capacidad personal de evitar el hecho. La imposibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho excluye la infracción de la norma, caso que configura un error de prohibición. Pero el desconocimiento evitable no es un error y no puede provocar una descarga de la responsabilidad: no puede errar quien no tiene interés en conocer.

En el caso bajo estudio, existe una sospecha justificada de que los ingresos derivados de la explotación de los derechos de imagen no tenían un origen claro y nítido, ya que se cobraban a partir de otras sociedades y el jugador resultaba beneficiado. También es claro que la información que el acusado evitó tener estaba a su alcance. En cambio, quien no sabe porque no puede saber no es un ignorante deliberado. Desde que el Alto Tribunal introdujo el principio de la ignorancia deliberada, ha exigido que el sujeto activo deba y pueda conocer aquello que ignora. El acusado decidió permanecer en la ignorancia a lo largo del tiempo manteniendo la voluntad de no acceder a información que pudiera resultarle relevante; se trata de una indiferencia tan notoria que cabe considerar que se ha actuado con dolo. Por lo tanto, el Tribunal cuestionó la licitud del empleo de sociedades en las que el acusado era el único socio, y el administrador de una de ellas, en un país que no era el de su origen ni residencia. El jugador percibía beneficios por sus derechos de imagen a través de sociedades interpuestas, sin leer los contratos que firmaba.

Por todo lo dicho, el Tribunal estimó que el comportamiento de Lionel Messi fue doloso, por dolo eventual, y se lo consideró, por lo tanto, autor del delito tipificado en el art. 305 CP por el que fue acusado, de conformidad con el art. 28 CP.

3.3. Jorge Messi, padre del obligado tributario, también es autor de los hechos examinados.

El delito fiscal es un delito especial propio, en tanto su autor debe tener la cualidad de sujeto del impuesto cuyo pago se elude. Sin embargo, es admisible que en un delito de esta naturaleza, quien no sea el obligado tributario pueda ser el inductor o cooperador en la comisión de los hechos. Ello es así porque no infringe la norma que respalda el tipo contra la Hacienda, sino la prohibición, que surge de las reglas de participación que amplían el tipo penal.

El Tribunal estimó que existen probados elementos que demuestran que Jorge Messi actuó como cooperador necesario, mediante actos determinantes para la defraudación tributaria que consistieron en la aportación de elementos necesarios para el fraude, y sin los cuales hubiera sido muy difícil de llevar a cabo. Colaboró en actos decisivos para la consecución por parte de su hijo del fraude a la Hacienda española durante los ejercicios fiscales objeto de revisión. Contribuyó con actos determinantes para la ejecución del plan que se fue forjando a lo largo del tiempo, al que aportó los conocimientos fiscales de un estudio jurídico tributario que contrató, además de su participación directa en muchos de los contratos cuyos ingresos no fueron declarados. Sin su intervención, no se habría cometido el delito, ya que cooperó en forma directa, decisiva y necesaria en su consecución, mediante un cierto planeamiento y diseño.

4. Lionel Messi ha satisfecho la deuda contraída con la Administración Tributaria, a excepción de algo más de 20 mil euros, calculados posteriormente. Sin duda, en atención al alto valor de esa suma, la atenuación resulta muy calificada.

El único problema es si la atenuación solo es aplicable a Lionel Messi o si afecta también a Jorge Messi. Dado que Lionel Messi era el obligado tributario, solo a él correspondía pagar las cuotas defraudadas.

El Tribunal estimó adecuada la aplicación de la atenuación para Jorge Messi como atenuante analógica de los arts. 21.7 y 21.5 CP, ya que, si intervino en los hechos como cooperador necesario, es justo apreciar que el pago de las cuotas defraudadas debe beneficiarlo, precisamente, por esa cooperación.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección Octava, procedimiento abreviado 110/15, diligencias previas 598/13 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Gavà, sentencia del 5-7-2016, en <http://aedd.org/images/documentos/Sentencia-Messi.pdf>.



Derecho penal. Estado de emergencia. Controles de identidad, inspección de equipajes y registro de vehículos. Libertad de transitar. Derecho al respeto a la vida privada. Principio de igualdad ante la ley. Derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. (Francia).

Antecedentes del caso: conforme a lo dispuesto por el art. 8.1 de la Ley 55-385 de 1955 (cuya vigencia prorrogó la Ley 2016/987 de julio de 2016), en las zonas donde se haya declarado el estado de emergencia, el prefecto puede autorizar a la policía judicial a realizar controles de identidad, inspeccionar equipajes y registrar vehículos detenidos, estacionados o en circulación en lugares públicos.

La Liga de los Derechos del Hombre denunció que la disposición objetada permite implementar estas medidas sin ninguna consideración de las circunstancias o de amenazas específicas y sin control judicial efectivo. Sostuvo que, en consecuencia, la norma viola la libertad de transitar, el derecho al respeto de la vida privada, el principio de igualdad ante la ley y el derecho a contar con un recurso jurisdiccional efectivo.

Esto se planteó al Consejo Constitucional como una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia estimó que la norma cuestionada es inconstitucional.

La Constitución no excluye la posibilidad de que el legislador declare el estado de emergencia. En este marco, tiene la responsabilidad de conciliar los objetivos de prevenir los ataques al orden público y de garantizar el respeto de los derechos y libertades reconocidos, entre los cuales se encuentran la libertad de transitar y el derecho al respeto de la vida privada.

En relación con la disposición cuestionada, el prefecto debe señalar con precisión los lugares en que se realizarán las operaciones y su duración, que no puede exceder las 24 horas. Asimismo, al llevar a cabo las inspecciones y registros, se deben acordar las garantías propias de un marco judicial.

Sin embargo, la norma cuestionada autoriza a realizar las operaciones en los lugares señalados por el prefecto, contra cualquier persona, sin su consentimiento e independientemente de su comportamiento. La práctica de estos procedimientos de manera generalizada y discrecional resulta incompatible con la libertad de transitar y con el derecho al respeto de la vida privada. Por otra parte, el legislador autorizó que las operaciones se realicen sin la necesidad de fundarlas en las circunstancias específicas que generen el riesgo de ataques al orden público en los lugares indicados.

Por consiguiente, el legislador no estableció un balance adecuado entre el objetivo constitucionalmente legítimo de proteger el orden público y la libertad de transitar y el derecho al respeto de la vida privada. Por lo tanto, la disposición cuestionada es inconstitucional.

En este caso, la derogación inmediata del artículo objetado daría lugar, en el contexto del estado de emergencia, a que la autoridad administrativa no pueda hacer controles de identidad, inspecciones de equipajes y registros de vehículos, lo cual tendría consecuencias perjudiciales. Por ello, la fecha de derogación se dispuso para el 30 de junio de 2018 para que el Parlamento, si resulta necesario, adopte una nueva disposición acorde a las exigencias constitucionales.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: 1) una cuestión prioritaria de constitucionalidad es el derecho que cualquiera de las partes de un proceso judicial tiene a plantear que una ley vulnera sus derechos y libertades constitucionales. 2) El estado de emergencia es una medida de excepción que puede ser adoptada por el Consejo de Ministros en ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley del 3 de abril de 1955, en situaciones de peligro inminente que resulten de violaciones serias al orden público o en circunstancias que, en razón de su naturaleza, tengan el carácter de desastre público. Su implementación inicial no puede extenderse por ley. Permite al primer ministro y a sus representantes locales (“prefectos”) limitar o prohibir la circulación en algunos lugares, prohibir las reuniones públicas o cerrar ciertos espacios, autorizar registros e incautaciones administrativas, prohibir a algunas personas el acceso a determinadas áreas o detener a alguien en su domicilio. Luego de los ataques del 13 de noviembre de 2015, una reunión del Consejo de Ministros impuso esa misma noche el estado de emergencia inmediato. Posteriormente, su vigencia se amplió cinco veces hasta el 15 de julio de 2017. Como la ley de 1955 es anterior a la Constitución francesa actualmente vigente, no puede ser sometida a la consideración del Consejo Constitucional. Dado el amplio consenso político de la mayoría y la oposición en relación con la necesidad de implementar y ampliar sin demora todos los efectos del estado de emergencia, ninguna de las leyes que extendieron su vigencia desde noviembre de 2015 fue sometida al Consejo. En consecuencia, se le solicitó que se expidiera a través del pedido de decisiones preliminares sobre la cuestión de su constitucionalidad, planteadas por personas procesadas en términos de lo dispuesto por el art. 61.1 de la Constitución.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2017-677 QPC del 1-12-2017, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017677QPC.htm>.



Derecho penal. Estado de emergencia. Protección del orden público. Allanamientos administrativos. Copia de datos informáticos. Derecho al respeto a la vida privada. Libertad individual. Derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. (Francia).

Antecedentes del caso: la Liga de los Derechos del Hombre y otras organizaciones denunciaron que el art. 11 de la Ley 55-385 de 1955 (texto conforme a la ley de noviembre de 2015) permite a la autoridad administrativa —durante el estado de emergencia— ordenar allanamientos y copiar datos almacenados en sistemas informáticos. Alegaron que la disposición afectaba la libertad individual, el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a contar con un recurso jurisdiccional efectivo.

El planteo se presentó al Consejo Constitucional como una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia consideró que la normativa aplicable a un régimen de allanamientos administrativos en el marco de un estado de emergencia es constitucional. Sin embargo, las disposiciones que permiten copiar datos informáticos durante esos allanamientos no lo son.

Las disposiciones que autorizan los allanamientos no afectan la libertad individual y, por lo tanto, no deben estar sujetas al control de la autoridad judicial.

En cuanto al derecho al respeto de la vida privada y al derecho a contar con un recurso jurisdiccional efectivo, las medidas previstas solo pueden ser ordenadas en el marco de un estado de emergencia declarado y únicamente se pueden realizar en las zonas alcanzadas por la declaración. Además, al efectuar el allanamiento, hay que cumplir ciertas reglas: se debe precisar el lugar y el tiempo en que se hará y notificar al procurador de la República. Durante el procedimiento, también debe estar presente un policía judicial y el ocupante del lugar o, al menos, su abogado o dos testigos. Posteriormente, es necesario entregar un informe de lo actuado al procurador de la República.

Asimismo, la decisión que ordena un allanamiento debe estar fundada y resultar proporcional a las razones y a las circunstancias específicas que determinaron la declaración del estado de emergencia. En este sentido, un allanamiento que se realice a la noche en un domicilio debe estar justificado por la urgencia o la imposibilidad de efectuarlo durante el día.

Por último, si los recursos previstos para impugnar la decisión que ordena un allanamiento solo pueden interponerse con posterioridad a la realización de la diligencia, se puede denunciar la responsabilidad del Estado. De este modo, los interesados no están privados de recursos que faciliten el control de las condiciones en que se llevó a cabo el allanamiento.

Estas medidas se pueden adoptar en el marco de un régimen de atribuciones excepcionales, cuyos efectos deben estar limitados en el tiempo y en el espacio, y que contribuye a prevenir el peligro inminente al que se encuentra expuesto el país.

En consecuencia, las disposiciones cuestionadas que permiten los allanamientos administrativos resultan constitucionalmente válidas.

Por otro lado, el copiado de todos los datos informáticos a los que se pueda acceder durante un allanamiento es asimilable a una incautación. Ni esta medida ni la utilización de la información así obtenida son autorizadas por un juez. Asimismo, el ocupante del lugar allanado o el propietario de los datos pueden oponerse a la realización de la copia o puede ocurrir que no se constate la comisión de ningún delito. En relación con esto, también es posible que se copie información no vinculada con la persona sospechosa.

En consecuencia, el legislador no acordó suficientes garantías legales que establezcan un equilibrio adecuado entre el derecho al respeto a la vida privada y el objetivo constitucionalmente legítimo de proteger el orden público. Por eso, la segunda frase del tercer párrafo del primer párrafo del artículo cuestionado fue declarada inconstitucional.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: 1) una cuestión prioritaria de constitucionalidad es el derecho que cualquiera de las partes de un proceso judicial tiene a plantear que una ley vulnera sus derechos y libertades constitucionales. 2) El estado de emergencia es una medida de excepción que puede ser adoptada por el Consejo de Ministros en ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley del 3 de abril de 1955, en situaciones de peligro inminente que resulten de violaciones serias al orden público o en circunstancias que, en razón de su naturaleza, tengan el carácter de desastre público. Su implementación inicial no puede extenderse por ley. Permite al primer ministro y a sus representantes locales (“prefectos”) limitar o prohibir la circulación en algunos lugares, prohibir las reuniones públicas o cerrar ciertos espacios, autorizar registros e incautaciones administrativas, prohibir a algunas personas el acceso a determinadas áreas o detener a alguien en su domicilio. Luego de los ataques del 13 de noviembre de 2015, una reunión del Consejo de Ministros impuso esa misma noche el estado de emergencia inmediato. Posteriormente, su vigencia se amplió cinco veces hasta el 15 de julio de 2017. Como la ley de 1955 es anterior a la Constitución francesa actualmente vigente, no puede ser sometida a la consideración del Consejo Constitucional. Dado el amplio consenso político de la mayoría y la oposición en relación con la necesidad de implementar y ampliar sin demora todos los efectos del estado de emergencia, ninguna de las leyes que extendieron su vigencia desde noviembre de 2015 fue sometida al Consejo. En consecuencia, se le solicitó que se expidiera a través del pedido de decisiones preliminares sobre la cuestión de su constitucionalidad, planteadas por personas procesadas en términos de lo dispuesto por el art. 61.1 de la Constitución.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2016-536 QPC del 19-2-2016, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016536qpc/2016536qpc.pdf.



Derecho penal. Estado de emergencia. Protección del orden público. Incautación de datos informáticos. Derecho al respeto a la vida privada. Derecho de propiedad. Derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. (Francia).

Antecedentes del caso: la resolución 2016-536 QPC de febrero de 2016 declaró inconstitucionales ciertas disposiciones de la Ley 55-385 de 1955 (texto conforme a la ley de noviembre de 2015) sobre el estado de emergencia que permitían copiar datos almacenados en un sistema informático. La decisión se basó en que el legislador no había acordado suficientes garantías legales para la realización de esa diligencia.

El artículo 11 de la Ley 55-385 de 1955 (según la Ley 2016/987 de julio de 2016, que prorrogaba su vigencia) autoriza, durante un allanamiento, a incautar los datos de todo sistema informático o equipo terminal que se encuentre, o aquellos contenidos en algún otro sistema informático o equipo, y a los que se pueda acceder desde el sistema inicial. Esta incautación puede ser realizada mediante la copia de la información o la confiscación del soporte. La norma determina las condiciones en que la autoridad puede utilizar y conservar los datos, bajo control del juez administrativo. Asimismo, la medida solo está justificada si el allanamiento demostró la existencia de información vinculada a la amenaza al orden público.

Esta norma establece, también, las condiciones de la incautación: debe realizarse en presencia de un policía judicial, labrarse un acta con los fundamentos de la intervención policial y enviarse copias de ese documento al procurador de la República y al ocupante del lugar, su abogado o dos testigos.

Por último, para examinar los datos reunidos, se exige la autorización previa de un juez, que solo puede referirse a la información vinculada con la amenaza al orden público. Si el magistrado decide permitir el uso de los datos, estos quedan bajo la responsabilidad del jefe de servicio que realizó el allanamiento y nadie puede acceder a ellos.

Una persona se agravió de que, durante un allanamiento administrativo en el marco del estado de emergencia, se habían almacenado datos informáticos sin contar con una autorización judicial previa y sin que se hubiera restringido el acceso a la información obtenida. Alegó que, de tal modo, se había desconocido su derecho al respeto a la vida privada y a la propiedad. Asimismo, cuestionó que el artículo 11 de la Ley 55-385 de 1955 (según la Ley 2016/987 de julio de 2016) había afectado desproporcionadamente su derecho a contar con un recurso jurisdiccional efectivo.

Esto se planteó al Consejo Constitucional como una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia declaró que el artículo objetado era válido, con excepción de una de sus frases, que fue considerada inconstitucional.

En cuanto a incautar y utilizar los datos informáticos, el legislador, que había acordado diferentes garantías, estableció un equilibrio adecuado entre el derecho al respeto a la vida privada y el objetivo constitucionalmente trascendental de proteger el orden público. Asimismo, no se desconoció el derecho a contar con un recurso jurisdiccional efectivo.

Por otra parte, con respecto a la conservación de los datos informáticos, el legislador estableció un plazo para destruir la información no vinculada a una amenaza al orden público. Del mismo modo, cuando la revisión de los datos permita constatar un delito, la ley dispuso que sean conservados conforme a las reglas procesales penales aplicables.

Por el contrario, cuando los datos ligados a una amenaza no permiten constatar un delito, la ley no dispuso ningún plazo para que, luego del cese del estado de emergencia, los datos sean destruidos. En consecuencia, para este supuesto, el legislador no previó garantías que establezcan un equilibrio adecuado entre el derecho al respeto a la vida privada y el objetivo constitucionalmente legítimo de proteger el orden público.

Entonces, esa frase del artículo objetado fue considerada inconstitucional. Los efectos de esta declaración de inconstitucionalidad se aplazaron hasta el 1.º de marzo de 2017.

Por otro lado, en cuanto a la violación del derecho de propiedad, la incautación de sistemas y equipos informáticos no solo está protegida por las garantías legales, sino que únicamente es posible cuando la copia de los datos que contengan no pueda realizarse o concluirse durante el allanamiento. La autoridad administrativa debe invocar y fundar esta imposibilidad si solicita al juez autorización para examinar la información. Además, el acta labrada durante la diligencia debe contener un inventario de los elementos incautados.

Los sistemas y equipos se deben restituir a su propietario dentro del plazo de 15 días contados desde la fecha de la incautación o desde que el juez autorizó el examen de los datos. Este plazo solo puede ser prorrogado por el juez cuando resulte difícil acceder a la información contenida en los elementos confiscados.

Así, en este aspecto, el legislador hizo un balance adecuado entre el derecho de propiedad y el objetivo constitucionalmente legítimo de proteger el orden público. Por eso, las disposiciones cuestionadas con base en la violación del derecho de propiedad fueron declaradas constitucionales.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: 1) una cuestión prioritaria de constitucionalidad es el derecho que cualquiera de las partes de un proceso judicial tiene a plantear que una ley vulnera sus derechos y libertades constitucionales. 2) El estado de emergencia es una medida de excepción que puede ser adoptada por el Consejo de Ministros en ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley del 3 de abril de 1955, en situaciones de peligro inminente que resulten de violaciones serias al orden público o en circunstancias que, en razón de su naturaleza, tengan el carácter de desastre público. Su implementación inicial no puede extenderse por ley. Permite al primer ministro y a sus representantes locales (“prefectos”) limitar o prohibir la circulación en algunos lugares, prohibir las reuniones públicas o cerrar ciertos espacios, autorizar registros e incautaciones administrativas, prohibir a algunas personas el

acceso a determinadas áreas o detener a alguien en su domicilio. Luego de los ataques del 13 de noviembre de 2015, una reunión del Consejo de Ministros impuso esa misma noche el estado de emergencia inmediato. Posteriormente, su vigencia se amplió cinco veces hasta el 15 de julio de 2017. Como la ley de 1955 es anterior a la Constitución francesa actualmente vigente, no puede ser sometida a la consideración del Consejo Constitucional. Dado el amplio consenso político de la mayoría y la oposición en relación con la necesidad de implementar y ampliar sin demora todos los efectos del estado de emergencia, ninguna de las leyes que extendieron su vigencia desde noviembre de 2015 fue sometida al Consejo. En consecuencia, se le solicitó que se expidiera a través del pedido de decisiones preliminares sobre la cuestión de su constitucionalidad, planteadas por personas procesadas en términos de lo dispuesto por el art. 61.1 de la Constitución.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2016-600 QPC del 2-12-2016, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016600QPC.htm>.



Derecho penal. Penas de multa excesivas. Prohibición constitucional. Aplicabilidad de la norma a nivel estadual. Confiscaciones civiles o in rem. Derecho al debido proceso. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: ante un tribunal del estado de Indiana, Tyson Timbs admitió ser el autor penalmente responsable de los delitos de tráfico de estupefacientes y conspiración para cometer un delito de robo (*conspiracy to commit theft*). En el momento de su detención, la policía secuestró un Land Rover SUV que Timbs había comprado por el valor de USD 42 000 con el dinero que recibió como beneficiario de una póliza de seguro cuando falleció su padre. El estado de Indiana solicitó la confiscación civil del vehículo, ya que había sido utilizado para transportar heroína. El tribunal de primera instancia, al observar que Timbs había comprado el vehículo recientemente por más de cuatro veces el valor de la multa, cuyo máximo estimado es de USD 10 000 para la condena en su contra por tráfico de estupefacientes, denegó la solicitud. Consideró que la confiscación del vehículo constituiría una medida extremadamente desproporcionada en relación con la gravedad del delito cometido por Timbs y, por lo tanto, inconstitucional conforme a la cláusula de la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que prohíbe imponer multas excesivas.

El tribunal de apelaciones estadual confirmó la decisión del *a quo*, pero el Superior Tribunal de Indiana la revocó, al sostener que dicha cláusula solo restringe la acción federal y no es aplicable a las imposiciones estaduales. Timbs apeló esta sentencia.

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos dejó sin efecto la sentencia apelada y devolvió las actuaciones para el dictado de un nuevo pronunciamiento.

La cláusula de la Octava Enmienda que prohíbe imponer multas excesivas es una garantía que fue incorporada y resulta aplicable a los estados de conformidad con la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda.

1. La Cláusula del Debido Proceso incorpora y torna aplicables a los estados garantías contenidas en la Declaración de Derechos que resultan “fundamentales para nuestro régimen de libertades” y que están “profundamente arraigadas en la historia y la tradición nacionales” (v. *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742, p. 76 —2010—). Si una garantía de la Declaración de Derechos es incorporada, no existe distinción entre la conducta federal y la estadual.

2. La prohibición incorporada en la cláusula sobre multas excesivas traslada las garantías provenientes de fuentes que van desde la Carta Magna hasta la Declaración de Derechos inglesa, y de las constituciones estatales de la época colonial hasta la actualidad. La garantía contra las multas excesivas ha sido un escudo de protección permanente a lo largo de toda la historia angloamericana por una buena razón: tales multas socavan otras libertades. Estas sanciones pueden ser utilizadas, por ejemplo, para tomar represalias contra el discurso de los adversarios políticos. Asimismo, pueden ser impuestas no al servicio de ciertos objetivos en materia penal, sino como fuente de ingresos. La argumentación histórica y lógica para concluir que la Decimocuarta Enmienda incorpora la cláusula que prohíbe imponer multas excesivas es ciertamente contundente.

3. El estado de Indiana afirmó que la cláusula no es aplicable a los casos en que solicita una confiscación *in rem*; sin embargo, la Corte consideró en el precedente *Austin v. United States* (509 U.S. 602 —1993—) que tales confiscaciones se encuadran dentro del marco de protección de la cláusula cuando resultan, como mínimo, parcialmente punitivas. La postura del estado de Indiana no puede prevalecer a menos que la Corte se aparte de su criterio plasmado en *Austin* o sostenga que, a la luz de este fallo, la cláusula que prohíbe imponer multas excesivas no se considera incorporada debido a que su aplicación a las confiscaciones civiles no deviene fundamental para el régimen de libertades ni se halla profundamente arraigada en la historia y tradición nacionales.

El primer argumento, el apartamiento del caso *Austin*, no es pertinente ante la Corte. El Superior Tribunal de Indiana sostuvo únicamente que la cláusula de prohibición de multas excesivas no se aplicaba a los estados y no se expidió sobre la aplicación de la cláusula a las confiscaciones civiles, ni tampoco el estado pidió que lo hiciera. Por tanto, Timbs solicitó ante el Tribunal solamente la revisión de la cuestión sobre la incorporación de la cláusula que prohíbe imponer multas excesivas en virtud de la Decimocuarta Enmienda. El estado de Indiana intentó reformular el argumento con el objeto de plantear si la cláusula restringía el recurso por parte de los estados a las confiscaciones *in rem* y afirmó sobre el fondo que *Austin* fue una decisión errónea. Sin embargo, el derecho de los demandados “a reformular las cuestiones planteadas no les concede la facultad de ampliarlas” (v. *Bray v. Alexandria Women’s Health Clinic*, 506 U.S. 263, p. 279, n. 10 —1993—), especialmente cuando la reformulación propuesta llevaría a la Corte a abordar una cuestión que no fue planteada ni analizada en las instancias previas (v. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709, p. 718, n. 7 —2005—).

El segundo argumento, según el cual la cláusula que prohíbe imponer multas excesivas no puede ser incorporada si se aplica a las confiscaciones civiles, desvirtúa la naturaleza de la cuestión sobre la incorporación planteada. Al considerar si la Decimocuarta Enmienda incorpora una garantía de la Declaración de Derechos, la Corte analizó si el derecho garantizado —no todas y cada una de las aplicaciones particulares de ese derecho— es fundamental para el sistema de libertades o está profundamente arraigado a la historia y a la tradición nacionales. Lo contrario no iría en consonancia con el enfoque adoptado en casos concernientes a las nuevas aplicaciones de derechos ya considerados como incorporados (v., por ejemplo, *Packingham v. North Carolina* —2017—). Por consiguiente, la cláusula de prohibición de multas excesivas se encuentra incorporada independientemente de si su aplicación a las confiscaciones civiles resulta en sí misma fundamental para el régimen de libertades o se encuentra profundamente arraigada a la historia y a la tradición nacionales.

Nota de la Oficina de Referencia Extrajera: el término *conspiracy* se utiliza para denominar al delito incipiente o preparatorio que se configura a través de “un acuerdo celebrado entre dos o más personas para participar de manera conjunta en la comisión de un acto ilegal o de un acto que, en sí mismo, es legal pero que puede tornarse ilegal cuando se realiza por la combinación de ciertos actores”.

Se trata de un tipo penal independiente del delito por el cual se desarrolla. Así, si una persona planea realizar un robo con otra y luego lo lleva a cabo, puede ser acusada, por un lado, por *conspiracy* para cometer un robo y, por el otro, por el delito de robo en sí. El elemento esencial de este delito es el “acuerdo entre dos o más personas”, por lo que una sola persona no puede ser acusada por *conspiracy*.

Antes de su codificación, esta conducta consistía simplemente en un acuerdo celebrado entre dos o más personas con el objeto de perpetuar un hecho ilícito y con la intención de llevarlo a cabo. Esta figura se encuentra regulada por normas federales y estatales que actualmente exigen no solo la existencia de un acuerdo entre las partes y de la intención, sino también de la comisión de un acto ilegal a fin de promover dicho acuerdo.

El objetivo de la ley es sancionar la conducta de *conspiracy* como un delito sustantivo independiente de la tentativa (*intended crime*), ya que, cuando dos o más personas acuerdan cometer un delito, el potencial de la actividad delictual aumenta y, en consecuencia, el peligro para el resto de los individuos es mayor. Por lo tanto, el solo hecho de celebrar un acuerdo con dolo (junto con un acto manifiesto, cuando sea necesario) se considera lo suficientemente peligroso como para justificar la imputación por *conspiracy* como un delito independiente del delito que se quiere perpetrar. Asimismo, según algunos expertos en derecho penal, el concepto de *conspiracy* es demasiado laxo y la acusación es utilizada por los fiscales como un tipo penal superfluo. Una parte de los abogados defensores sostiene que a menudo se amplía más allá de las interpretaciones razonables. En cualquier caso, tanto los fiscales como los abogados defensores coinciden en que los casos por delitos de *conspiracy* suelen ser amorfos y complejos.

Esta figura se asimila a otras llamadas *solicitation* y *attempt*. La diferencia radica en que *conspiracy* exige un acuerdo entre dos o más personas, mientras que tanto el delito de *attempt* como el de *solicitation* pueden ser cometidos por una sola.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Timbs v. Indiana*, sentencia del 20-2-2019, en https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1091_5536.pdf.



Derecho penal. Personas jurídicas. Allanamiento de un estudio jurídico. Incautación de documentos. Derecho a la autodeterminación informativa. Derecho al debido proceso. Derecho de defensa. Derecho a un juicio justo. (Alemania).

Antecedentes del caso: con motivo de un proceso penal iniciado en los Estados Unidos contra la compañía automotriz Volkswagen AG por la presunta manipulación de emisiones de sus vehículos diesel, la empresa contrató en septiembre de 2015 al estudio jurídico internacional Jones Day para que llevara a cabo una investigación de los hechos a nivel interno, le prestara asesoramiento jurídico y actuara como su representante legal ante las autoridades estadounidenses. En el marco de la investigación, la firma Jones Day tuvo acceso a abundante documentación e interrogaron a numerosos empleados del grupo Volkswagen. Abogados de las oficinas de la firma en Munich también intervinieron en el caso.

La Fiscalía de Munich, por su parte, abrió una investigación por sospecha de fraude y publicidad desleal en relación con hechos vinculados con los motores diesel de tres litros del grupo Audi AG, filial de Volkswagen AG, que no utilizó los servicios de la firma Jones Day. En un comienzo, las investigaciones se dirigieron contra personas desconocidas y, para el 29 de junio de 2017, contra varias personas específicas que fueron imputadas penalmente. En esa fecha, la fiscalía también inició un proceso contravencional contra Audi AG fundada en el art. 30 de la Ley sobre Infracciones Contravencionales (Ordnungswidrigkeitengesetz, OWiG, por sus siglas en alemán). A su vez, la Fiscalía de Brunswick abrió otra investigación penal contra varias personas imputadas en relación con un motor diesel de dos litros fabricado por la recurrente.

A solicitud del fiscal, el tribunal de primera instancia de Munich ordenó el allanamiento de las oficinas de la firma Jones Day en Munich el 6 de marzo de 2017. Durante el allanamiento, que tuvo lugar el 15 de marzo de 2017, se decomisaron numerosos archivos e información en formato electrónico con los resultados de las investigaciones internas de la empresa. La resolución que ordenó la incautación fue confirmada por el tribunal de primera instancia de Munich por resoluciones del 21 y 29 de marzo de 2017. Tanto la orden de allanamiento como las resoluciones que la confirmaron fueron impugnadas, con resultado infructuoso. El grupo Volkswagen AG, la firma Jones Day y tres de sus abogados recurrieron ante el Tribunal Constitucional Federal.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania entendió que la orden de allanamiento de las oficinas de la firma Jones Day en Munich y las posteriores resoluciones que confirmaron la incautación de documentos a los fines de su examen en el marco de un proceso resultan constitucionales. La incautación del material en cuestión no supone para la automotriz Volkswagen una violación de su derecho a la autodeterminación informativa ni de su derecho a un juicio imparcial. En lo que respecta a la firma Jones Day, no es titular de derechos fundamentales, razón por la cual carece de legitimación para plantear un recurso de inconstitucionalidad. Tampoco se acredita en el caso legitimación aparente por parte de los abogados que trabajan en el estudio jurídico para interponer un recurso de estas características.

Recurso presentado por la automotriz Volkswagen AG:

1. El recurso de inconstitucionalidad planteado por Volkswagen AG contra la orden de allanamiento dictada por el tribunal de primera instancia y la subsiguiente resolución confirmatoria del Tribunal Regional de Munich de fecha 8 de mayo de 2017 resulta inadmisibile por falta de interés jurídico para recurrir. El allanamiento no se realizó en las propias oficinas de la recurrente, sino en las oficinas de sus abogados. Por lo tanto, la injerencia en el derecho fundamental amparado en el art. 13 de la Ley Fundamental (LF) —inviolabilidad del domicilio— que implica el allanamiento no afecta de manera directa a la recurrente. En la medida en que la orden de allanamiento, de conformidad con el art. 110 del Código Procesal Penal, se fundó en la necesidad de examinar los documentos y archivos hallados en el lugar, las resoluciones del 21 y 29 de marzo de 2017 que confirmaron la incautación sustituyeron la orden de allanamiento como base para proceder a su examen en el marco del proceso judicial.

2. Las resoluciones del tribunal de primera instancia de Munich del 21 y 29 de marzo de 2017 que confirmaron la medida de decomiso de los documentos y archivos hallados durante el allanamiento, y la subsiguiente resolución confirmatoria dictada por el Tribunal Regional de Munich de fecha 7 de julio de 2017, ciertamente afectan el derecho fundamental a la autodeterminación informativa de la recurrente. El examen de esa información y su potencial empleo a efectos de ahondar en la investigación puede comprometer el ejercicio de ciertas libertades específicas de la recurrente, concretamente en el ámbito de su actividad económica y comercial. Sin embargo, dicha injerencia se encuentra justificada en términos constitucionales. Su fundamento legal se halla en el art. 110 del Código Procesal Penal. La vía de interpretación y aplicación de esta normativa que eligieron los tribunales competentes es constitucionalmente inobjetable.

2.1. No resulta contrario a la Constitución, como sostiene la opinión dominante expresada en la jurisprudencia y en la doctrina, que los tribunales ordinarios intervinientes no consideraran aplicable el art. 160.a.1.1 del Código Procesal Penal en relación con el secuestro de bienes (art. 94 del Código ritual) o su decomiso previo para su examen. La disposición establece que resultarán inadmisibles como prueba las medidas de instrucción que se dirijan contra un abogado y que pudieran arrojar información de la cual el letrado tiene derecho a negarse a prestar declaración.

No resulta exigible en términos constitucionales extender la protección absoluta de esta normativa a los casos de allanamiento que incluyen medidas preliminares de incautación de bienes o al secuestro de archivos de un abogado con información de sus clientes. Una prohibición absoluta de recolectar y usar pruebas interpretada en virtud del art. 160.a.1.1 del Código ritual restringe considerablemente la efectividad de la persecución penal que exige la Constitución. Tales prohibiciones absolutas, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, pueden ser viables solo en casos excepcionales, por ejemplo, cuando una medida de instrucción importe una injerencia en el ámbito de protección de la dignidad humana, valor que, en principio, no puede estar sujeto a ponderación, presupuestos que no fueron alegados ni se manifiestan como evidentes en el caso.

2.2. Tampoco resulta inconstitucional que los tribunales ordinarios competentes hayan asumido que el art. 97 en sus puntos 1.3, 1.1 y 1.2 del Código Procesal Penal, constituyen una prohibición de incautación solo en el marco de una relación de confianza entre una persona sujeta al secreto profesional y la persona acusada de un delito en el contexto de una investigación penal específica. Una interpretación semejante es acorde con la redacción, el concepto sistemático, la génesis, el espíritu y fin de la norma, y no resulta arbitraria. La Constitución no prevé una interpretación más amplia del art. 97.1.3 del Código ritual que asuma que la protección que otorga opera con independencia de la relación entre la persona sujeta al deber de secreto profesional y el individuo imputado, interpretación que resultaría en una amplia inmunidad contra las incautaciones y los allanamientos en las oficinas de sujetos obligados por el secreto profesional, lo que restringiría considerablemente la efectividad de la persecución penal que exige la Constitución. Asimismo, la probabilidad de abusos sería alta si la protección se extendiera a todo tipo de relación abogado-cliente, independientemente de si el cliente estuviera o no imputado de un delito. Las pruebas podrían ser deliberadamente trasladadas a las oficinas del abogado o entregadas a él bajo un criterio selectivo.

2.3. No plantea ningún conflicto constitucional el hecho de que los tribunales intervinientes asumieran que la recurrente no estaba imputada de ningún delito ni se encontraba en ninguna situación similar, en términos del art. 97.1 del Código Procesal Penal.

2.3.1. En el caso, el Tribunal Regional de Munich efectivamente aplicó un estándar aceptable para evaluar si la situación de una persona jurídica en el marco de un proceso puede asimilarse a la de una persona física acusada de un delito. El tribunal sostuvo que la inmunidad otorgada a personas jurídicas contra la incautación de sus bienes, en virtud del art. 97.1 del Código Procesal Penal, no depende de que se encuentren formalmente bajo investigación en el marco de un proceso, sino que exige más bien la posibilidad, ponderada de acuerdo con criterios objetivos, de que sean objeto de futuras investigaciones. Cuando una empresa que teme ser investigada penalmente busca asesoramiento legal o resuelve llevar a cabo una investigación interna, no está en una posición similar a la de una persona física que es imputada de un delito —lo que cae dentro del ámbito de protección del art. 97.1 del Código ritual—. Parece muy difícil

determinar de manera confiable y con certeza el alcance de la protección de la norma sin recurrir a criterios objetivos.

2.3.2. Los tribunales ordinarios competentes tampoco tenían que considerar a la recurrente como una persona imputada de un delito simplemente porque, como era sospechosa de haber cometido una infracción contravencional, se encuentra formalmente registrada como un sujeto investigado por la Fiscalía de Brunswick y que por lo tanto su posición sea similar a la de un individuo imputado de un delito. Las medidas de instrucción dispuestas por la Fiscalía de Munich y la Fiscalía de Brunswick se basan en delitos calificados como tipos penales diferentes en términos del derecho procesal. No plantea conflicto constitucional alguno el que ambos procesos no se hubieran acumulado.

2.3.3. El Tribunal Regional de Munich concluyó que la posición de Audi AG en el marco de este proceso es irrelevante en relación con la protección contra medidas de incautación de bienes prevista en el art. 97.1 del Código Procesal Penal, lo que no resulta objetable constitucionalmente. No es necesario extender la protección de la relación abogado-matriz a la filial, y permitir que la matriz actúe en nombre de la filial, como ocurriría en el caso de que la imputada fuera una persona física.

2.4. Por último, las resoluciones impugnadas confirman la proporcionalidad de la medida de asegurar los documentos e información electrónica hallados en las oficinas del estudio jurídico Jones Day a los fines de su examen en el marco de un proceso, según lo previsto en el art. 110 del Código Procesal Penal. Ello no resulta inconstitucional.

3. En lo que respecta a los agravios de la recurrente relativos a la presunta violación de su derecho a un juicio justo, reconocido en el art. 2.1 LF en conjunción con el art. 20.3 LF, el recurso resulta infundado. En cualquier caso, no puede desprenderse una protección más amplia que la emanada del art. 2.1 LF en su manifestación como derecho a la autodeterminación informativa.

Recurso presentado por la firma Jones Day:

El recurso interpuesto por la firma Jones Day, organizada como una sociedad regida por la ley de Ohio, resulta inadmisibile por carecer de la firma de legitimación para plantear un recurso de inconstitucionalidad. No es titular de derechos fundamentales en la medida en que no es una persona jurídica nacional en el sentido del art. 19.3 LF. Sus argumentos no demuestran que tenga su sede principal en Alemania u otro Estado miembro de la Unión Europea. La recurrente tampoco alega, ni se manifiesta como evidente, que la mayoría de las decisiones que hacen a su gestión se tomen en las oficinas de la firma radicadas en Alemania o en otra oficina dentro de un Estado miembro de la Unión Europea.

El recurso de inconstitucionalidad planteado por la recurrente tampoco debe ser considerado como si hubiese sido interpuesto por una persona jurídica nacional con fundamento en que su oficina en Munich fue objeto de medidas de investigación dispuestas por el Estado. En lo que respecta al argumento de la recurrente según el cual su carácter de titular de derechos fundamentales puede inferirse de lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 18 de marzo de 2009 —2 BvR

1036/08—, no existe ningún indicio en los escritos de la recurrente que demuestren que se verifican los criterios fijados por la Sala.

Recurso presentado por los abogados de la firma Jones Day:

El recurso presentado por los abogados de la firma Jones Day resulta inadmisibile en virtud de que no se acredita en el caso que tengan legitimación aparente para interponer un recurso de inconstitucionalidad. No puede inferirse de su presentación que la orden de allanamiento y las posteriores resoluciones que confirmaron el decomiso importaran una violación de ninguno de sus derechos fundamentales. A este respecto, el recurso no cumple con el requisito legal de fundamentación (arts. 23.1.2 y 92 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, Bundesverfassungsgerichtsgesetz o BVerfGG por sus siglas en alemán).

1.1. En lo que respecta a las oficinas de la firma Jones Day en Munich, los recurrentes no son titulares del derecho fundamental reconocido en el art. 13.1 LF. En este contexto, la protección garantizada por el art. 13.1 LF normalmente se extiende solo al dueño del negocio como titular autorizado, no a los empleados particulares. Por lo tanto, los recurrentes segundo y tercero, como empleados, no pueden en principio invocar un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Por el contrario, el primer recurrente es socio de la firma, y los socios solo están autorizados en forma conjunta a hacer uso de las instalaciones. Por ende, ese derecho solo puede ser invocado por todos los socios conjuntamente o por la sociedad en la medida en que se le haya reconocido capacidad jurídica.

Por otra parte, los recurrentes tampoco han alegado que las oficinas en cuestión sean utilizadas como lugar de acogimiento y con ello puedan ser atribuidas a su esfera privada individual. Para fundar el recurso, solo alegan el cargo que ocupan como abogados, su práctica profesional y el impacto, que una injerencia como la aquí debatida podría ocasionar, en la relación de confianza mutua entre abogado y cliente. Sin embargo, esta dimensión profesional solo afecta a la firma.

1.2. La orden de allanamiento no infringe el art. 12.1 LF. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, no puede inferirse de las normas ni medidas procesales previstas en el art. 8 del Libro I del Código Procesal Penal ninguna tendencia a regular la actividad profesional, pues ellas se refieren sin distinción alguna a todos los imputados penalmente, como, por ejemplo, el art. 103 del mismo Código. Los recurrentes no alegaron una violación del art. 2.1 LF en su dimensión de derecho a ejercer el comercio y la profesión; sino que afirmaron tener legitimación para plantear un recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que ha habido un perjuicio para la firma.

1.3. Los recurrentes tampoco alegaron una posible violación de su derecho a la autodeterminación informativa como resultado de la orden de allanamiento. La resolución que ordenó el allanamiento no estaba dirigida a recabar datos personales, sino, más bien, información que la firma había obtenido o elaborado en virtud de la relación abogado-cliente con la automotriz Volkswagen AG. El hecho de que los recurrentes hubieran obtenido o elaborado esta información en el marco del ejercicio de su profesión no cambia la circunstancia de que existe una relación de

mandato en lo que concierne a esa información. Por lo tanto, debe atribuirse la información a la firma, a Volkswagen AG como agente que inició la investigación a nivel interno y a Audi AG en la medida en que dicha información provino de su propia esfera de custodia. Dado que el intercambio de correos electrónicos objeto de incautación contenía diversos datos personales, entre ellos, los del emisor y del receptor, información de la que se pueden derivar sus actividades, los recurrentes no revelaron específicamente qué información podría permitir sacar conclusiones sobre la situación personal de cada uno de ellos.

1.4. Los recurrentes no pueden invocar el derecho a un juicio justo previsto en el art. 2.1 en conjunción con el art. 20.3 LF en la medida en que no son considerados parte en el proceso, ni siquiera en un sentido amplio, pues sus derechos no se han visto afectados.

2. Los recurrentes tampoco alegaron agravio a sus propios derechos fundamentales ante las resoluciones que confirmaron el decomiso y la resolución posterior sobre el recurso. En la medida en que los archivos y carpetas estuvieran bajo custodia, carecen de legitimación para plantear un recurso de inconstitucionalidad fundado en el art. 14.1 LF. Conforme a los argumentos esgrimidos en su propia presentación, el material secuestrado es propiedad de la firma. En cuanto al derecho a la autodeterminación informativa y al derecho a un juicio justo, resultan aplicables las consideraciones expuestas en lo referente a la orden de allanamiento.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, 2 BvR 1562/17, 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, sentencia del 6-7-2018, en www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/bvg18-057.html;-jsessionid=47A62B0792407F789B1697AA51E5F9BB.1_cid361, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180627_2bvr140517.html, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180627_2bvr156217.html y https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180627_2bvr128717.html.



Derecho penal. Robo con violación de domicilio. Normas federales y estatales. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: Victor J. Stitt y Jason Daniel Sims fueron condenados por la Justicia federal por el delito de tenencia de arma de fuego, en violación del art. 922.g.1. del Título 18 del Código de los Estados Unidos. El juez interviniente en cada caso les impuso la pena mínima obligatoria de 15 años de prisión que la Ley sobre Delinquentes Habituales Armados (Armed Career Criminal Act) establece para quienes hayan cometido los delitos tipificados en el art. 922.g.1. antes citado y que tengan al menos tres condenas previas por la comisión de ciertos delitos “violentos” o relacionados con estupefacientes art. 924.e.1. Esta ley define “delito violento”, entre

otros, como “todo delito sancionado con pena de más de un año de prisión (...) que (...) constituya robo con violación de domicilio” (v. art. 924.e.2.B). Ahora bien, las condenas anteriores de los acusados se debían a la violación de leyes estatales que prohíben el delito de robo con violación de domicilio (en el caso de Stitt, una ley de Tennessee, y en el caso de Sims, una ley de Arkansas) y el robo con allanamiento, cuando se trate de una estructura o vehículo que haya sido adaptado o utilizado habitualmente para alojarse durante la noche. En ambos casos, los tribunales de primera instancia determinaron que los delitos previstos en las leyes estatales se encuadraban dentro del alcance del término “robo con violación de domicilio” de la ley federal. El Tribunal de Apelaciones interviniente en cada caso revocó la decisión del *a quo*, dejó sin efecto la sentencia apelada y devolvió las actuaciones para que se dictara un nuevo pronunciamiento.

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

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia apelada y devolvió las actuaciones.

1. La expresión “robo con violación de domicilio” en la Ley sobre Delincuentes Habituales Armados abarca el robo con allanamiento cuando se trate de una estructura o vehículo que haya sido adaptado o utilizado habitualmente para alojarse durante la noche.

Al momento de determinar si un determinado delito constituye un delito violento en términos de la ley federal, el enfoque categórico adoptado por primera vez en el precedente *Taylor v. United States* (495 U.S. 575 —1990—) exige que los tribunales evalúen una condena estatal anterior tomando como referencia los elementos del delito, no el comportamiento del acusado en una ocasión particular. Una condena estatal anterior no se encuadra dentro del alcance genérico de robo con violación de domicilio en términos de la ley federal cuando “los elementos de la norma estatal pertinente son más amplios que aquellos propios del concepto genérico de robo con violación de domicilio” (v. *Mathis v. United States*, 579 U.S. ___ —2016—). El precedente *Taylor*, que rige y determina el resultado en este caso, consideró específicamente el término de “robo con violación de domicilio” contemplado en la norma, y definió los elementos del concepto genérico de robo con violación de domicilio como el “ingreso o permanencia ilegales o sin permiso del morador en un inmueble u otra estructura con la intención de cometer un delito” (v. 495 U.S., p. 598).

Las leyes estatales bajo análisis se encuadran dentro del alcance de la definición genérica de robo con violación de domicilio establecida en *Taylor*. El legislador pretendió reflejar en esa definición “el sentido general en el cual el término [era] utilizado en los códigos penales de la mayoría de los estados” cuando se aprobó la ley federal (v. 495 U.S., p. 598). En ese momento, la mayoría de las leyes estatales contra el delito de robo con violación de domicilio abarcaba los vehículos adaptados para el alojamiento o que habitualmente fueran utilizados para ello. El legislador también consideraba el robo con violación de domicilio como un delito peligroso en sí

mismo que “genera la posibilidad de una confrontación violenta” entre el delincuente y un ocupante o alguien que viene a investigar (*id.*, p. 588). Un delincuente que irrumpe en una casa rodante, en una caravana, en una carpa de camping o en otra estructura o vehículo que esté adaptado para el alojamiento, o que habitualmente sea utilizado con ese fin, crea un riesgo similar o mayor de confrontación violenta. A pesar de que tal riesgo disminuye si el vehículo se utiliza como alojamiento solo una parte del tiempo, la Corte no encontró ninguna razón para considerar que el legislador pretendió realizar una distinción entre tiempo parcial y tiempo completo. Los acusados argumentaron asimismo que los vehículos contemplados en estos casos son análogos a las estructuras atípicas y vehículos que los precedentes *Taylor*, *Mathis* y otros describieron como fuera del alcance del concepto genérico del delito de robo con violación de domicilio, pero ninguno de los casos anteriores había planteado la cuestión de si tal concepto genérico abarcaba estructuras o vehículos adaptados o utilizados habitualmente para alojarse durante la noche.

2. La Corte devolvió las actuaciones en el caso de Sims para que se realizara un proceso más amplio. Su argumento de que la ley contra el robo residencial del estado de Arkansas es demasiado amplia para equipararse al concepto genérico de robo con violación de domicilio, ya que también abarca el presupuesto de que tenga lugar en “un vehículo (...) donde habita una persona” (v. Ark. Code Ann., art. 5–39–101.1.A), se funda, en parte, en la legislación estadual, y lo cierto es que los tribunales inferiores no la han considerado. Aquellos órganos jurisdiccionales tienen libertad para decidir si Sims planteó correctamente ese argumento y, de ser así, para expedirse sobre el fondo de la cuestión.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States v. Stitt*, sentencia del 10-12-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-765_2co3.pdf.



Derechos políticos. Designación de un ministro. Derecho penal. Detención preventiva. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Partido Popular Socialista (PPS) y el Partido de la Social Democracia Brasileña (PSDB) solicitaron que se suspendiera la designación —realizada por la entonces presidenta Rousseff— del ex presidente Lula da Silva como ministro jefe de la Casa Civil (un cargo similar al de jefe de Gabinete).

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Brasil, con base en lo que surge de la escucha telefónica de la conversación privada entre Rousseff y Lula ordenada por el juez Sérgio Moro (que facilitó la escucha a la prensa), suspendió la designación impugnada. Sostuvo que el único objetivo del nombramiento era impedir que el magistrado pudiera ordenar la detención preventiva del ex presidente, ya que,

según la Constitución de 1988, los ministros son juzgados directamente por el Tribunal Supremo Federal.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: posteriormente, el pleno del STF declaró que tanto la escucha como el acceso que la prensa tuvo a ella eran ilegales, pero nunca revisó la decisión unilateral del juez Mendes.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *MS 34.070*, sentencia del 18-3-2016, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>.



Derechos políticos. Principio de equidad en el proceso electoral. Manifestaciones de un funcionario público contra un partido político. (Alemania).

Antecedentes del caso: el partido Alternative für Deutschland (Alternativa para Alemania o AFD, por sus siglas en alemán) convocó una reunión política para el 7 de noviembre de 2015 con el lema “¡Tarjeta roja para Merkel! ¡El asilo necesita límites!”. Como consecuencia, el 4 de noviembre la ministra de Educación e Investigación de Alemania publicó un comunicado de prensa en el sitio web de su ministerio, con el siguiente comentario: “La tarjeta roja es para el AFD, no para la Canciller. Björn Höcke y otros voceros del partido promueven la radicalización de la sociedad. Los ultraderechistas que incitan abiertamente al odio y a la violencia, como Bachmann, el líder de Pegida (Patriotas Europeos contra la Islamización de Occidente), reciben así un apoyo intolerable”.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania resolvió que si un órgano del Estado, en relación con un evento organizado por un partido político, emite una valoración negativa que puede tener un efecto disuasivo y con ello influir en el comportamiento de los ciudadanos que pudieran participar en el evento, viola el derecho de ese partido a la igualdad de oportunidades, en términos del art. 21.1.1 de la Ley Fundamental (LF). Lo dicho se verifica no solo en campañas electorales. Entre las atribuciones del Gobierno federal relativas a su deber de dar cuenta de las medidas y proyectos que adopta, ciertamente se encuentra la facultad de manejar con imparcialidad las objeciones formuladas contra sus actos. Sin embargo, no existe un derecho al contraataque que permita a los órganos del Estado reaccionar frente a difamaciones carentes de objetividad. Por lo tanto, la ministra de Educación e Investigación, con su comunicado de prensa n.º 151/2015, publicado en la página oficial de su ministerio, perjudicó al partido AFD en su derecho a la igualdad de oportunidades.

1. En un régimen libre y democrático como el que establece la Ley Fundamental, todo el poder estatal emana del pueblo, que lo ejerce en las elecciones a través del

sufragio, así como también por medio de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Ello requiere que los electores puedan emitir su voto en el marco de un proceso de formación de opinión libre y transparente. En este contexto, los partidos políticos tienen una importancia decisiva. A fin de garantizar la transparencia en la formación de la voluntad política exigible en términos constitucionales, es indispensable, en la medida de lo posible, la participación de los partidos políticos en la contienda electoral en igualdad de condiciones. El art. 21.1 LF garantiza no solo la libertad de creación de partidos políticos y que puedan participar en la formación de la voluntad política, sino también que tal participación esté basada en la igualdad de derechos y oportunidades. Ello incluye el derecho de los partidos a organizar reuniones y asambleas a fin de participar en la contienda política y electoral.

La igualdad de oportunidades para participar en la formación de la voluntad política del pueblo exige neutralidad por parte de los órganos del Estado en la contienda política entre los partidos. Los órganos estatales deben estar al servicio de todos y mantenerse imparciales. Su influencia en el marco de una campaña electoral, sea a favor o en contra de un partido político, resulta incompatible con el estatus que se les ha reconocido a los partidos, emanado del art. 21.1 LF. Sin embargo, el principio de igualdad de oportunidades de los partidos políticos exige la observancia del principio de neutralidad del Estado no solo durante las campañas electorales, pues el proceso de formación de la opinión pública no se limita al período electoral, sino que se desarrolla continuamente. No resulta compatible con el art. 21.1.1 LF que los órganos del Estado aprovechen el anuncio o la realización de una concentración política como una oportunidad para tomar una posición parcial, frente al evento o frente al partido que lo organiza, en violación del principio de neutralidad. Este es el caso cuando las acciones de los órganos estatales tienen por objeto influir en el desarrollo de manifestaciones políticas o en el comportamiento de eventuales participantes. Cuando un partido político organiza un mitin, cumple con el mandato constitucional del art. 21.1 LF. Los órganos estatales están obligados a tolerarlo en virtud de su deber de neutralidad. No están llamados a inducir a los ciudadanos a participar o no en concentraciones convocadas por partidos políticos. Cualquier valoración negativa en relación con un evento de carácter político que pueda tener un efecto disuasivo y con ello influya en el comportamiento de ciudadanos que pudieran participar en el evento viola el derecho de ese partido a la igualdad de oportunidades, en términos del art. 21.1.1 LF. Más aún, también se verifica una violación constitucional si los órganos del Estado aprovechan un mitin político como una ocasión para emitir un juicio de valor sobre el partido que lo organiza.

El hecho de que el Gobierno federal pueda hacer uso de su facultad de informar y de mantener las relaciones públicas no lo exime de su deber de observancia del principio de neutralidad. A través de su imperio y su acceso a los recursos estatales, puede influir significativamente en la formación de la voluntad política del pueblo. Como parte del proceso político que importa un régimen libre y democrático, tal como se encuentra plasmado en nuestra Ley Fundamental, debe por lo tanto tolerarse que las acciones gubernamentales ejerzan un considerable impacto en las oportunidades electorales de los partidos políticos intervinientes en la contienda. Sin embargo, ello debe distinguirse de la injerencia deliberada del Gobierno federal en la

puja entre partidos políticos. En términos de la Constitución, el Gobierno federal no puede identificarse con ningún partido político en particular ni puede hacer uso de los medios y recursos de que dispone en favor o en perjuicio de ellos.

En este contexto, ciertamente el Gobierno federal tiene derecho a responder públicamente a los ataques dirigidos contra sus políticas, guardando, no obstante, la debida objetividad, tanto al presentar las medidas gubernamentales que ha de tomar como en respuesta a las críticas de tales actividades. El principio de neutralidad obliga al Gobierno federal a abstenerse de hacer declaraciones a favor o en contra de algún partido político en particular. Al dar explicaciones acerca de las políticas adoptadas y al reaccionar frente a las impugnaciones que se le oponen, no puede aprovechar esta oportunidad para publicitar el partido oficialista ni para descalificar a los partidos opositores. En lugar de ello, debe limitarse a explicar sus decisiones políticas y a hacer frente a las objeciones con objetividad y basado en hechos. Como todo acto estatal, las acciones gubernamentales relativas al deber de información y vinculadas con las relaciones públicas están sujetas al requisito de objetividad, lo que no excluye la posibilidad de una clara e inequívoca objeción frente a representaciones de la realidad que resulten falsas o frente a juicios de valor discriminatorios. Sin embargo, no existe un derecho al contraataque que permita a los órganos del Estado reaccionar frente a ataques difamatorios y carentes de objetividad con la misma intensidad.

No se aplica ninguna otra objeción al derecho de un miembro del Gobierno federal a hacer declaraciones. Si un funcionario gubernamental interviene en el debate político fuera del ejercicio de su cargo, debe garantizarse que no se haga un uso indebido de los medios y recursos de que dispone el Estado con los que no cuenten sus competidores políticos. Precisamente la igualdad de oportunidades en la contienda política resulta lesionada cuando funcionarios estatales, al participar en el debate político, aprovechan los recursos y medios que tienen disponibles por el cargo que ocupan, de los que no disponen sus competidores políticos. Si la declaración de un miembro del Gobierno se lleva a cabo o no en el ejercicio de sus funciones se evalúa en cada caso en particular. Se considera que un funcionario hace una declaración en el marco de sus atribuciones oficiales cuando la realiza en publicaciones oficiales, comunicados de prensa o sitios web oficiales de la dependencia que tiene a su cargo, o bien si utiliza símbolos estatales o emblemas nacionales.

2. En vista de estos estándares, la demandada, con su comunicado de prensa, violó el derecho del demandante, el partido AFD, a la igualdad de oportunidades en términos del art. 21.1.1 LF.

Con el comunicado de prensa, la demandada actuó en ejercicio de sus funciones ministeriales al publicar su declaración en el sitio web oficial, utilizando el escudo oficial del ministerio y, con ello, haciendo uso de los recursos públicos con que cuenta en virtud de su cargo. Al difundir el comunicado de prensa en la página oficial de su ministerio, violó el principio de neutralidad que los órganos del Estado deben observar en la contienda política. El comunicado de prensa contiene tanto valoraciones negativas sobre la imagen del actor como un intento de influir en los eventuales participantes de la manifestación planificada. Las declaraciones publicadas fueron despectivas y peyorativas. La representación del partido político como

promotor de la extrema derecha y la radicalización de la sociedad podría menoscabar la posición del partido en el debate político. Al utilizar la metáfora de la “tarjeta roja”, la ministra compele (a los potenciales participantes en la manifestación) a tomar distancia del partido que convoca. Al hacerlo, la demandada inclina la balanza hacia un lado en la contienda electoral en perjuicio del actor. Además, el comunicado de prensa está dirigido a influir en el comportamiento de los posibles participantes de la manifestación. El comunicado de prensa expresa en forma patente la opinión de la demandada de que la participación en la manifestación fortalecerá a un partido cuyos voceros fomentan la radicalización de la sociedad y apoyan la extrema derecha. En este contexto, la invitación a sacar “tarjeta roja” a un partido como este constituye, por lo menos, una incitación indirecta a mantenerse alejados de la manifestación planificada. Esta actitud no respeta el principio de neutralidad que deben observar los órganos del Estado en una contienda electoral.

El derecho que la ministra goza de dar explicaciones acerca de las medidas gubernamentales adoptadas, y de responder a las objeciones formuladas en su contra, no justifica la injerencia indebida en el derecho del actor a la igualdad de oportunidades, consecuencia del comunicado de prensa. En cualquier caso, ese comunicado excede los límites del marco de atribuciones gubernamentales propias del ámbito de relaciones públicas oficiales, límites que emanan de los principios de neutralidad y objetividad. El comunicado no informa sobre las actividades gubernamentales ni responde a objeciones con un enfoque objetivo. En realidad, alude a la manifestación anunciada por el partido y dirigida contra las políticas gubernamentales en materia de refugiados. Sin embargo, el comunicado de prensa no brinda ninguna información explicativa en torno a las medidas adoptadas por el Gobierno federal en lo que concierne a las políticas vinculadas relativas a los refugiados ni tampoco en relación con otras áreas. Más aún, el comunicado de prensa carece de cualquier tipo de evaluación objetiva de las objeciones formuladas contra las medidas del Gobierno federal o de la Canciller. Por el contrario, contiene un llamado a sacarle “tarjeta roja” al partido del actor y, con ello, por lo menos, una invitación a no asistir a la manifestación. No contiene ni información acerca de medidas o proyectos políticos elaborados por el Gobierno federal, ni responde a objeciones planteadas a ese respecto. En lugar de ello, ataca al partido demandante en el marco de una contienda electoral, aprovechando el anuncio de una concentración política. Así, excede los límites que enmarcan las actividades propias de las relaciones públicas gubernamentales permitidas y la actuación de sus miembros.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvE 1/16, sentencia del 27-2-2018, en http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/02/es20180227_2bve000116.html y https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2018/02/es20180227_2bve000116.pdf?__blob=publicationFile&v=2.



Derechos sexuales y reproductivos. Derecho a la autodeterminación. Derecho a la identidad de género. Derecho a la igualdad. Discriminación con base en la orientación sexual. Principio de igualdad y no discriminación. Derecho a la intimidad. Derecho a la libertad de expresión. Derecho a la dignidad humana. (India).

Antecedentes del caso: Navtej Singh Johar y otros recurrieron ante la Suprema Corte de la India para que declarara la inconstitucionalidad del art. 377 (delitos contra natura) del Código Penal (CP), que reza: “Aquel que voluntariamente tenga contactos carnales en contra del orden de la naturaleza con cualquier hombre, mujer o animal será castigado con encarcelamiento de por vida, o bien con pena de prisión por un período que podrá extenderse hasta los diez años. Además, será susceptible de multa. Explicación: la penetración es suficiente para constituir el contacto carnal necesario para el delito descrito en este artículo”.

Además, solicitaron que la Suprema Corte declarara que el derecho a la sexualidad, así como el derecho a la autonomía sexual y el derecho a elegir una pareja sexual, forman parte del derecho a la vida garantizado por el art. 21 de la Constitución. Asimismo, alegaron que la homosexualidad, la bisexualidad y demás orientaciones sexuales reflejan una elección y una inclinación natural basada en el consentimiento de dos personas, y no constituyen una enfermedad física o mental. Por el contrario, son variantes naturales de un pensamiento libre, y convertirlo en un delito lesiona los principios de dignidad personal y autonomía. Por otra parte, sostuvieron que la expresión “orden de la naturaleza”, presente en el art. 377 CP, se limita a designar el concepto de procreación, que pudo haber sido considerado natural durante la era victoriana, pero que no toma en cuenta rasgos innatos, orientaciones posteriores u actos consensuados que responden al libre ejercicio de la autonomía corporal.

Puntualizaron que la Asociación Estadounidense de Psicología declaró que la orientación sexual es una condición natural, que tanto la atracción hacia el mismo sexo como hacia el sexo opuesto son igualmente naturales, y que la única diferencia entre ellos radica en que la atracción por el mismo sexo se presenta en un número mucho menor.

Destacaron que los derechos de la comunidad de personas lesbianas, gay, bisexuales y transexuales (LGBT), que comprende un 7 u 8 % del total de la población de la India, deben ser reconocidos y protegidos, ya que la orientación sexual es una parte integrante e innata de la identidad individual. Además, el impacto de la orientación sexual en la vida de una persona no solo se limita a la esfera íntima, sino que también afecta el ámbito familiar, profesional, social y educativo. En opinión de los accionantes, las minorías sexuales necesitan mayor protección que la población heterosexual para poder vivir libremente y sin temores, aprensión ni ansiedad, y no ser discriminadas por el resto de la sociedad en ámbitos como el empleo, la elección de pareja, los derechos testamentarios, la aseguración, los tratamientos médicos en hospitales y otros derechos semejantes.

Argumentaron que el art. 377 CP vulnera varios derechos fundamentales de la comunidad LGBT, en particular, el derecho a la libertad, a la privacidad, a la dignidad, a la igualdad y a la libertad de expresión. Consideraron que no hay diferencia entre las personas que desafían las convenciones sociales y contraen matrimonios interreligiosos o intercastas y aquellos que eligen parejas del mismo sexo, en el sentido de que la sociedad puede desaprobado esos matrimonios, pero la Suprema Corte debe imponer la observancia de los derechos constitucionales.

Sentencia: la Suprema Corte de la India declaró que el concepto de identidad que vincula los derechos humanos y la garantía del derecho a la vida y a la libertad con la dignidad posee validez constitucional y no puede ser encasillado únicamente en la propia orientación. En el núcleo mismo de dicho concepto se encuentra la autodeterminación, la realización de las propias habilidades según las diferentes oportunidades y el rechazo de los puntos de vista ajenos mediante una conciencia clara, acorde con las normas constitucionales y los valores o principios que son “constitucionalmente admisibles”.

En el año 2013, en *Suresh Kumar Koushal and another v. Naz Foundation and others*, la Corte revocó la sentencia del Tribunal Superior de Delhi en *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others* y confirmó la constitucionalidad del art. 377 CP. Allí, consideró que la comunidad LGBT nuclea a una mínima porción de la población total de la India y que la circunstancia de que dicho artículo haya sido mal aplicado no refleja su *vires*. Tal opinión resulta constitucionalmente inadmisibles.

La Constitución de la India es un documento vivo y orgánico, susceptible de ampliarse de acuerdo con las necesidades cambiantes y las demandas de la sociedad. Asimismo, el rol judicial adquiere mayor importancia cuando los derechos en cuestión pertenecen a un grupo minoritario que ha sido privado de sus derechos fundamentales desde tiempos inmemoriales.

El objeto principal de la democracia constitucional es transformar la sociedad de modo progresivo e inclusivo. La Constitución de la India es transformadora en el sentido de que la interpretación de sus normas no debe limitarse al significado literal de sus palabras, sino que, por el contrario, se les debería asignar una interpretación significativa que refleje el propósito de adecuarse a los tiempos cambiantes. El constitucionalismo transformador no solo incluye el reconocimiento de los derechos y la dignidad de las personas, sino que también fomenta el desarrollo de una situación en la que a cada persona se le confieran las oportunidades adecuadas para desarrollarse social, económica y políticamente. Cualquier tipo de discriminación ataca el núcleo mismo de una sociedad democrática.

Por otra parte, el concepto de moralidad constitucional insta a los órganos del Estado, incluso al Poder Judicial, a preservar la naturaleza heterogénea de la sociedad y a frenar cualquier intento de usurpar los derechos y libertades de una minoría. El velo de la moralidad social no puede ser utilizado para vulnerar los derechos fundamentales de ninguna persona, toda vez que el fundamento de la moralidad constitucional se apoya en el reconocimiento de la diversidad presente en la sociedad.

El derecho a vivir con dignidad ha sido reconocido como derecho humano a nivel internacional y en una serie de precedentes de la Corte. La dignidad es una faceta inseparable de las personas e invita al respeto mutuo. En este sentido, la Constitución le ha encomendado al Poder Judicial el deber de proteger y garantizar el derecho de todas las personas, incluso el derecho a expresarse y a elegir sin impedimentos, de manera tal que se permita a los individuos la plena realización de su derecho fundamental a vivir con dignidad.

La orientación sexual, controlada por factores neurológicos y biológicos, es uno de los muchos fenómenos biológicos naturales e inherentes a la persona. Según estudios sobre sexualidad, las personas tienen muy poco o ningún control sobre la atracción que les produce otro. Cualquier discriminación con base en la orientación sexual implica una violación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

La expresión “en contra del orden de la naturaleza” no ha sido definida en el art. 377 CP ni en ninguna otra de sus normas. Si el coito no se realiza solo con fines procreativos, no lo convierte por sí mismo en un acto “en contra del orden de la naturaleza”.

El art. 377 CP resulta violatorio del derecho a la dignidad y del derecho a la privacidad. Produjo un efecto colateral indeseado, pues también los “actos sexuales consensuados” de las personas pertenecientes a la comunidad LGBT sufrieron un trato discriminatorio y desigual, por lo que dicho artículo vulnera el art. 14 de la Constitución.

Al penalizar también las relaciones sexuales consensuadas entre adultos capaces, el art. 377 CP no traza una diferencia entre las relaciones sexuales no consensuadas y aquellas consensuadas en privado que no resultan perjudiciales ni contagiosas para la sociedad. El artículo somete a la comunidad LGBT a una condición de abandono y de paria social, por lo que funciona como un arma de acoso, discriminación y trato desigual, lo que deriva por ello en una manifiesta arbitrariedad. Por lo tanto, el art. 377 CP podría ser parcialmente derogado por ser violatorio del art. 14 de la Constitución.

El análisis del art. 377 CP a la luz del art. 19.1.a de la Constitución revela una restricción irrazonable, dado que la decencia pública y la moralidad no pueden extenderse más allá de un límite racional y lógico, y no pueden ser aceptadas como motivos razonables para restringir los derechos fundamentales de libertad de expresión y de elección de la comunidad LGBT. Las relaciones sexuales consensuadas entre adultos en privado, sean homosexuales o heterosexuales, no lesionan en modo alguno la decencia pública o la moral. Por ello, dicho artículo viola el art. 19.1.a de la Constitución.

En consecuencia, en tanto el art. 377 CP penalice cualquier relación sexual consensuada entre dos adultos, sea homosexual o heterosexual, no puede considerarse constitucional. Sin embargo, si un hombre o una mujer mantienen cualquier tipo de relación sexual con un animal, el correspondiente aspecto del art. 377 CP resulta constitucional y debe seguir constituyendo un delito penal, al igual que cualquier acto que se realice entre dos personas sin consentimiento mutuo.

La historia les debe una disculpa a los miembros de la comunidad LGBT y a sus familiares por el retraso en el otorgamiento de una reparación por la ignominia y el ostracismo que han padecido durante siglos. Fueron obligados a vivir una vida llena de temores de represalia y persecución debido a la ignorancia de la mayoría, incapaz de reconocer que la homosexualidad es una condición completamente natural porque es parte de la sexualidad humana.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Navtej Singh Johar & Ors. Petitioner(s) v. Union of India Thr. Secretary Ministry of Law and Justice Respondent*, sentencia del 6-9-2018, en https://www.sci.gov.in/supremecourt/2016/14961/14961_2016_Judgement_06-Sep-2018.pdf.



División de poderes. Conflicto de competencia. Principio de honor de la Corona. Deber de consulta. Pueblos originarios. (Canadá).

Antecedentes del caso: la Primera Nación Mikisew Cree es un pueblo cuyo territorio tradicional está ubicado en el noreste de Alberta, una zona rica en arenas petrolíferas. En 1899, los Mikisew, junto con otros pueblos originarios, firmaron el llamado Treaty 8, el octavo acuerdo establecido entre la reina Victoria y las primeras naciones del oeste de Canadá. Con el tratado, los Mikisew mantuvieron el derecho a cazar y pescar dentro del territorio a cambio de renunciar a su propiedad. Hoy en día, los derechos conferidos a los pueblos originarios por los tratados están protegidos por la Constitución.

Los tratados fueron celebrados entre los pueblos originarios y la Corona, es decir, Canadá en tanto Estado, que aún hoy debe cumplir con ellos. Los deberes se basan en un concepto legal compartido por los pueblos originarios y por la Constitución: el principio de honor de la Corona, que exige al Estado actuar de manera honorable respecto de los pueblos originarios.

En 2012, cuando el Gobierno federal presentó dos proyectos de ley que pretendían modificar la política canadiense de protección ambiental, los Mikisew manifestaron que las nuevas leyes perjudicarían su derecho a cazar y pescar en esas tierras. Con la aprobación de las leyes, las empresas petroleras, entre otras, podrían construir sobre o cerca de vías fluviales sin necesidad de obtener aprobación del Gobierno. Los Mikisew expresaron que, con la nueva normativa, nadie se haría responsable de asegurar la protección de la flora y fauna locales. Los Mikisew no fueron consultados al tiempo de decidir las modificaciones, por lo que, con fundamento en el honor de la Corona, afirmaron que el Gobierno tenía el deber legal de hacerlo. En 2013, interpusieron una demanda ante el tribunal federal en la que alegaron la necesidad de revisión de los proyectos de ley y sostuvieron que el Gobierno debía haberlos consultado e intentado disuadir el debate de las nuevas leyes.

El tribunal federal que intervino en primer lugar sostuvo que, en efecto, la Corona debería haber consultado a los Mikisew para redactar los proyectos de ley. Sin embargo, el tribunal federal de apelaciones no estuvo de acuerdo, en primer lugar, porque consideró que el tribunal federal carecía de competencia para examinar la demanda. Agregó que los tribunales solo están habilitados para entender en materia de impugnación de una ley cuando se trata de leyes aprobadas, no de leyes todavía en debate, y que ello es así porque es el Legislativo, y no la Corona, el Poder que debate y sanciona la ley, de acuerdo con la separación de poderes establecida en la Constitución de Canadá.

La separación de poderes implica que las partes del Estado cumplen roles distintos en la democracia canadiense. En este caso, los Mikisew manifestaron que los ministros habían actuado según su competencia ejecutiva, mientras que el Gobierno sostuvo que lo habían hecho en conformidad con su rol legislativo.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá resolvió que el tribunal federal no tiene competencia para examinar las acciones de los ministros federales que propusieron y debatieron los proyectos de ley.

Ello es así dado que la ley relativa a los tribunales federales expresa que el tribunal federal puede examinar solamente las decisiones de los consejos, de las comisiones y de otros tribunales. Por lo tanto, la actuación de los ministros federales queda por fuera de su alcance. Sin embargo, la Corte Suprema de Canadá no prestó acuerdo respecto del honor de la Corona y el deber de consulta.

Cinco de los jueces estuvieron de acuerdo respecto de la participación del principio de honor de la Corona en el proceso de proyecto de ley. Siete de ellos consideraron que no correspondía el deber de consulta antes de la aprobación de la ley.

Ministra Andromache Karakatsanis:

El deber de consulta no rige durante el proceso de debate de una ley. De todas formas, aunque el Parlamento no esté obligado a consultar a los Mikisew, eso no exime de responsabilidad a la Corona. El deber de honor de la Corona aplica tanto para el Ejecutivo como para el Parlamento, aun cuando el deber de consulta solo corresponda a las acciones ejecutivas. Siempre que una ley pueda afectar de manera negativa los derechos previstos en el tratado, la Corona debe actuar de manera honorable con los Mikisew y con las demás tribus. Para el pueblo Mikisew, como para los demás, poco importa si el responsable de una acción lesiva de sus derechos es el Poder Ejecutivo o el Legislativo. De todas formas, cabe señalar que el deber de consulta no es el único medio posible para proteger los derechos constitucionales de las tribus, sino que también pueden plantearse otros enfoques.

Dos jueces adhirieron al voto de Karakatsanis.

Ministra Rosalie Silberman Abella:

En conformidad con el voto de la ministra Karakatsanis, en efecto, el Parlamento tiene el deber de mantener el honor de la Corona. Pero este deber incluye,

a su vez, el deber de consulta ante los pueblos originarios cuando se trata de leyes que pueden afectarlos negativamente. Lo que resulta importante es el efecto de la acción gubernamental sobre los derechos de los pueblos, y no el poder del Estado del cual proviene. La soberanía y el privilegio parlamentario no pueden anular el honor de la Corona, que también está protegido por la Constitución.

Un juez adhirió al voto de Abella.

Ministro Russell Brown:

El deber de honor de la Corona obliga exclusivamente al Ejecutivo, y no al Legislativo. El Parlamento, por lo tanto, no debía consultar al pueblo Mikisew. Aun si los ministros forman parte del Ejecutivo como miembros del gabinete, actuaron en su función legislativa cuando propusieron y debatieron los proyectos. La intervención de los tribunales durante el debate de la ley, mediante la consulta o bien de otra manera, viola la separación de los poderes y el privilegio parlamentario. Los proyectos solo pueden ser cuestionados ante los tribunales una vez que se convierten en ley, y no antes.

Ministro Malcolm Rowe:

De acuerdo con el voto de Brown en lo relativo a la no obligatoriedad del deber de consulta; no obstante, deben agregarse otros motivos para justificar la no aplicabilidad del deber de consulta durante la elaboración de proyectos legislativos. En primer lugar, existen otras formas mediante las cuales hacer valer los derechos de los pueblos originarios sin interferir con la independencia parlamentaria. Por otra parte, de aplicarse ese deber, resultaría muy trabajoso para los gobiernos proyectar leyes y presupuestos. Además, pondría a los tribunales en la posición de supervisar las relaciones entre los pueblos originarios y los legisladores, una actividad para la que no están capacitados.

Además, dos jueces adhirieron a los votos de Rowe y de Brown.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, sentencia del 11-10-2018, en <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/37441-eng.aspx>.



Responsabilidad internacional del Estado. Derecho a la salud. Adultos mayores. Derecho a la integridad personal. Derecho de acceso a la información. Consentimiento informado. Derecho al debido proceso. Derecho de acceso a la justicia. Derecho de defensa. Plazo razonable. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Vinicio Antonio Poblete Vilches ingresó al hospital público Sótero del Río, de Santiago de Chile, el 17 de enero de 2001 a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Permaneció internado durante cuatro días en la unidad de cuidados intensivos. Luego, fue trasladado a la unidad de cuidados intensivos quirúrgica, donde se le practicó una intervención mientras se encontraba inconsciente y sin haber obtenido el consentimiento de sus familiares. El 2 de febrero de ese año, Poblete Vilches fue dado de alta de manera temprana, sin mayores indicaciones. Sus familiares tuvieron que contratar una ambulancia privada para trasladarlo a su domicilio, ya que el hospital no tenía ninguna disponible.

El 5 de febrero de 2001, Poblete Vilches ingresó por segunda vez al hospital y permaneció en la unidad de cuidados intermedia, pese a que, en la ficha médica, constaba su internación en sala de cuidados intensivos. Requería de un respirador mecánico, pero esta asistencia, entre otras, no le fue prestada y falleció dos días después.

En relación con las investigaciones que se realizaron para esclarecer su muerte y, en su caso, para deslindar las responsabilidades correspondientes, sus familiares presentaron una primera querrela criminal en 2001 y una segunda en 2005.

Entre 2006 y 2008, el Juzgado Primero Civil ordenó, en dos oportunidades, primero el archivo y luego el desarchivo de las actuaciones. Hasta entonces, no se establecieron las responsabilidades penales correspondientes.

Por otra parte, se presentaron algunas denuncias por los perjuicios que sufrieron sus familiares con motivo del trato recibido por Poblete Vilches y en la búsqueda de justicia.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado chileno por no haber garantizado a Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación y por no haberle brindado los servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte (arts. 26, 1.1 y 4 de la Convención Americana), así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente (art. 5 de la Convención).

Declaró que el Estado había vulnerado el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud en perjuicio de Poblete Vilches y de sus familiares (arts. 26, 13, 7 y 11, en relación con el art. 1.1, de la Convención), así como el derecho al acceso a la justicia (arts. 8 y 25) e integridad personal en perjuicio de sus familiares (art. 5).

Reconocimiento parcial de responsabilidad:

El Estado de Chile reconoció su responsabilidad internacional por la violación al art. 13 en conexión con los arts. 4 y 5 de la Convención Americana y en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Poblete Vilches y de su familia.

Además, consideró que se vulneraron los arts. 5, 7 y 11 de la Convención en perjuicio de Poblete Vilches, pero no de sus familiares.

Por último, reconoció que hubo una violación a los arts. 8 y 25 de la Convención, al presentarse una infracción al plazo razonable por parte de las autoridades chilenas.

El Estado no reconoció su responsabilidad respecto de las violaciones alegadas a los arts. 4 y 26 de la Convención, ni tampoco por la afectación al derecho a la debida diligencia y al derecho a un tribunal imparcial, de conformidad con los arts. 8 y 25 del mismo instrumento.

La Corte valoró el reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado como una contribución positiva al desarrollo del proceso. Así, tomando en cuenta ese reconocimiento, la Corte afirmó su competencia para determinar el alcance de las violaciones acreditadas.

Fondo:

La Corte se pronunció por primera vez respecto al derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en interpretación del art. 26 de la Convención, así como respecto de los derechos de las personas adultas mayores.

En la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en forma autónoma respecto del art. 26 de la Convención Americana (relativo al compromiso de los Estados de adoptar medidas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos) y reiteró su competencia para conocer y resolver controversias al respecto. Asimismo, destacó la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos. En este sentido, el Preámbulo de la Convención Americana establece expresa y claramente la interdependencia y protección de tales derechos económicos y sociales.

Por ello, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos a los denominados DESCAs a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la OEA, así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio art. 29 de la Convención, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte recurrió al *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de

los derechos tutelados por la Convención y derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.

Dos tipos de obligaciones se desprenden del contenido del art. 26: por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y, por otro, la adopción de medidas de carácter inmediato.

Respecto de las primeras —a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso—, la realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar hacia la plena efectividad de los DESCAs. Ello no debe interpretarse en el sentido de que, durante su período de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados.

Las obligaciones de carácter inmediato consisten en la adopción de medidas que garanticen el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Esas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (arts. 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.

Como la Corte se pronunció por primera vez respecto al derecho a la salud de manera autónoma, en tanto parte integrante de los DESCAs, se verifica la consolidación de este: 1) como derecho justiciable a la luz de la Convención a través de: a) su derivación de la Carta de la OEA, a través de sus arts. 34.i y 34.l, y 45.h, y b) el art. XI de la Declaración Americana, de acuerdo con la interpretación del art. 29.d de la Convención; y 2) respecto de su alcance y contenido a efectos del presente caso a través de: a) la legislación de Chile al momento de los hechos y actual, de acuerdo con la interpretación del art. 29.b de la Convención Americana, así como el consenso legislativo regional sobre este derecho, y b) el *corpus iuris* internacional sobre el derecho a la salud. Tomando en cuenta lo anterior, se estima que, de la consolidación del derecho a la salud, se derivan diversos estándares aplicables al presente caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia médica.

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. La obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud y garantizar una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

Resulta de suma importancia visibilizar a las personas adultas mayores como sujetos de derechos de especial protección y, por ende, de cuidado integral, con el

respeto de su autonomía e independencia. Por tratarse de un grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud. En consecuencia, el incumplimiento de esa obligación surge cuando se les niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, lo que puede también ocasionar una vulneración de otros derechos. Por otra parte, la edad es también una categoría protegida por la Convención Americana. En este sentido, la prohibición de discriminar relacionada con la edad, cuando se trata de personas mayores, se encuentra tutelada y comporta, entre otros efectos, la aplicación de políticas inclusivas y un fácil acceso a los servicios públicos.

En materia de salud, a los fines de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares: a) respecto a la calidad: se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recursos humanos calificados para responder ante urgencias médicas; b) respecto a la accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad, entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información, provee, de esta forma, un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos; c) respecto a la disponibilidad: se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población; d) respecto a la aceptabilidad: los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género y otra de las condiciones del ciclo de vida del paciente, que debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento y, frente a ello, es necesario respetar su voluntad.

En suma, a partir de los estándares desarrollados en esta sentencia y aplicables al presente caso, se determina que: a) el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el art. 26 de la Convención Americana; b) este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud y brindar los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también mediante medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad; c) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud, de prevención y urgencia; d) a fin de que se impute la responsabilidad del Estado por muertes médicas, es necesario que se acredite la denegación de un servicio esencial o tratamiento, pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corrobore un nexo causal entre la acción y el daño. Cuando se trata de una omisión, se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso; e) la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración de la integridad personal, y f) el consentimiento informado es una obligación de las instituciones de salud. Si bien las personas mayores ostentan la titularidad de este derecho, se puede transferir a sus familiares o representantes

en ciertas circunstancias. Asimismo, persiste el deber de informar a los pacientes o, cuando proceda, a sus representantes, sobre los procedimientos y condición médica.

En este caso, no está en discusión la faceta progresiva de las obligaciones estatales en materia del derecho a la salud y el análisis de fondo se limita al alcance de la prestación de medidas de carácter básico e inmediato, a la luz de las obligaciones reconocidas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana.

Respecto del derecho a la salud, se analizan los dos ingresos al hospital y se advierten diversas omisiones, particularmente a la luz de los estándares de calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad. Así, en el segundo ingreso existió una urgencia de las prestaciones de salud requeridas en el caso, cuya dispensa de forma inmediata resultaban vitales. El paciente necesitaba atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, lo que implica una discriminación por su condición de persona mayor. Por lo tanto, el Estado de Chile no garantizó que los servicios de salud brindados a Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos e incumplió el deber de otorgamiento de cuidados básicos, es decir, sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia (art. 26). Asimismo, la edad de Poblete Vilches, como categoría protegida de la no discriminación, resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida (art. 1.1).

En relación con el derecho a la vida, las negligencias asumidas en el segundo ingreso, particularmente al negarle un respirador, así como la imposibilidad de ingresar a la unidad de cuidados correspondiente y el hecho de no ser trasladado a otro centro que pudiera brindarle tales servicios (en parte por su condición de adulto mayor), redujeron las posibilidades de recuperación y sobrevivencia del paciente de manera considerable, por lo que su fallecimiento resulta imputable al Estado (art. 4).

En cuanto al derecho a la integridad personal, variadas situaciones derivaron en que, durante al menos cinco días, Poblete Vilches experimentara diversos sufrimientos con motivo de la desatención a sus particulares condiciones de salud (art. 5).

Respecto del consentimiento informado y del acceso a la información en materia de salud, este derecho es parte del elemento de la accesibilidad de la información y, por lo tanto, del derecho a la salud (art. 26). Por ello, el acceso a la información (art. 13) adquiere un carácter instrumental para garantizar y respetar el derecho a la salud. Así, el acceso a la información es una garantía para hacer realidad la derivación del derecho contemplado en el art. 26 de la Convención, con la posibilidad de que se acrediten otros derechos relacionados, de acuerdo con las particularidades del caso. En vista de ello, tomando en cuenta la legislación aplicable, el Estado incumplió con su deber de obtener el consentimiento informado por sustitución de los familiares frente a la intervención quirúrgica practicada en el primer ingreso, sin haberse tratado de un caso de emergencia, así como de brindar información clara y accesible para los parientes respecto del tratamiento y procedimientos practicados al paciente (arts. 26, 13, 7 y 11).

Por lo tanto, el Estado chileno es responsable internacionalmente por la falta de garantía de los derechos a la salud, vida, integridad personal, libertad, dignidad y acceso a la información, de conformidad con los arts. 26, 4, 5, 13, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de no discriminación del art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Poblete Vilches. Asimismo, el Estado es responsable de la violación de los arts. 26, 13, 7 y 11 en perjuicio de sus familiares.

Respecto del derecho al acceso a la justicia, en el presente caso, las falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal demostraron que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar el esclarecimiento de los hechos y determinación de las respectivas responsabilidades, luego de aproximadamente diecisiete años. Por tanto, el Estado no garantizó el acceso a la justicia, en contravención de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares de Poblete Vilches.

No obstante, el Estado no es responsable por la violación de las garantías judiciales con motivo de la alegada falta de imparcialidad judicial.

Respecto del derecho a la integridad personal de los familiares, en este caso concreto se acreditaron ciertas afectaciones que repercutieron en el seno familiar y en el desarrollo de sus planes de vida relacionadas con la atención brindada en el hospital, los procesos de búsqueda de justicia y esclarecimiento de los hechos y, frente a ello, la respuesta ofrecida por las autoridades en distintas instancias. Por tanto, el Estado resultó responsable por la violación del art. 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares de Poblete Vilches.

Reparaciones:

Esta sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación. Además, se disponen las siguientes medidas de reparación integral: a) como medida de satisfacción, el Estado deberá publicar la presente sentencia y su resumen oficial, y realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad; b) como medida de rehabilitación, el Estado deberá brindar, a través de sus instituciones de salud, atención médica psicológica a las víctimas; c) como garantías de no repetición, el Estado deberá implementar programas permanentes de educación en derechos humanos, informar a la Corte sobre los avances que implementaron en el hospital de referencia, fortalecer el Instituto Nacional de Geriátría y su incidencia en la red hospitalaria, diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud y adoptar las medidas necesarias a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores; d) como indemnización compensatoria, el Estado deberá pagar la cantidad fijada en esta sentencia en concepto de daño material e inmaterial y otorgar un monto por el reintegro de costas y gastos, y por reintegro de los gastos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile (fondo, reparaciones y costas)*, sentencia del 8-3-2018, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.



Responsabilidad internacional del Estado. Derecho a la salud. Prohibición de discriminación basada en género. Principio de progresividad. Derecho a la vida y a la integridad personal. Derecho al debido proceso. Plazo razonable. Derecho a la integridad personal de los familiares. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los recurrentes alegaron, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana), que no solo la falta de una adecuada atención médica estatal a treinta y cuatro personas que actualmente viven con HIV en Guatemala, a otras quince que vivieron con el virus pero que ya han fallecido, como a sus familiares, sino también la ausencia de una adecuada protección judicial, habían constituido violaciones a los derechos a la salud, a la vida, a la integridad personal y a las garantías judiciales y la protección judicial.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por las violaciones a diversos derechos cometidas en perjuicio de cuarenta y nueve personas que viven o vivieron con HIV y de sus familiares.

Excepciones preliminares y cuestión previa:

El Estado alegó una excepción preliminar relacionada con no haber agotado los recursos internos. Argumentó que las víctimas no habían hecho uso de los arts. 70 y 71 previstos en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala, por lo que la Corte Interamericana debía abstenerse de conocer del caso. Una de las pautas para analizar una excepción de esta naturaleza es si fue presentada oportunamente, es decir, durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, Guatemala no había indicado los recursos que debían ser agotados por los peticionarios hasta la presentación de su escrito de contestación, ya en el trámite ante la Corte Interamericana. En consecuencia, el Estado no invocó la excepción preliminar en los términos del art. 46.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención

Americana), por lo que resultó improcedente. Asimismo, la Corte Interamericana también declaró improcedente la solicitud de los representantes de incluir como víctimas directas a varias personas que no habían sido identificadas como tales por la Comisión en el informe de fondo.

Fondo:

Los hechos del caso fueron analizados en relación con tres cuestiones: la situación del HIV en Guatemala, la individualización de las víctimas y sus familiares y los recursos y acciones interpuestos por ellas ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En relación con el primer elemento, existen diversas disposiciones legales relativas a la protección del derecho a la salud y a las obligaciones del Estado relacionadas con la atención a personas que viven con HIV. En ese sentido, Guatemala reconoce esta enfermedad como un problema social de urgencia nacional.

En relación con el segundo elemento, las cuarenta y nueve víctimas del caso fueron diagnosticadas con HIV entre 1992 y 2004 y la mayoría de ellas no habría recibido ninguna atención médica estatal antes de 2004. Asimismo, presentaban alguna de las siguientes condiciones: contrajeron enfermedades oportunistas y, en ciertos casos, fallecieron por causa de ellas, eran personas de escasos recursos, eran madres o padres y eran el sustento económico o moral de sus familias, contaban con baja escolaridad, los efectos de su condición como personas con HIV no les permitió realizar sus actividades habituales, vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica o eran mujeres embarazadas. Además, se realizó un análisis sobre los hechos probados de cada una de las víctimas del caso y sus familiares.

En relación con el tercer elemento, respecto del recurso de amparo intentado por trece de las víctimas ante la Corte de Constitucionalidad, los accionantes le solicitaron que declarara que el Estado tenía la obligación de garantizar la vida de las víctimas a través de una política de compra y distribución de tratamientos antirretrovirales. En respuesta, el presidente de la República autorizó una partida presupuestal para cumplir con los requerimientos de las personas con HIV/SIDA. Los recurrentes reclamaron que, aun cuando se habían tomado algunas medidas, subsistían las razones que motivaron la presentación del amparo. En consecuencia, solicitaron a la Corte de Constitucionalidad que ordenara al Estado dictar políticas públicas para garantizar los derechos de las personas que vivían con el VIH. La Corte de Constitucionalidad consideró que el agravio reclamado había cesado con las acciones del presidente y declaró improcedente el recurso.

A su vez, la responsabilidad del Estado fue analizada en el siguiente orden: 1) la violación al derecho a la salud por la atención médica —o la falta de ella— brindada por el Estado, 2) la violación a la prohibición de discriminación, 3) la violación al principio de progresividad, 4) la violación a los derechos a la vida y la integridad personal, 5) la violación a los derechos a las garantías procesales y la protección judicial y 6) la violación a la integridad personal de los familiares de las víctimas.

1. Derecho a la salud. La Corte Interamericana precisó diversos aspectos relacionados con su competencia para pronunciarse sobre violaciones autónomas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs). Para ello, realizó una interpretación del art. 26 de la Convención en relación con los arts. 1.1, 2, 62 y 63 del mismo instrumento. También se utilizaron los métodos de interpretación estipulados en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el art. 29 de la Convención Americana. Una interpretación literal, sistemática y teleológica de la Convención permite afirmar que el art. 26 protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, y que pueden ser sujetos de supervisión por parte de la Corte Interamericana en términos de los arts. 62 y 63 de la Convención. Así, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCAs, corresponde determinar si, de la Carta de la OEA, se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el art. 26 de la Convención, así como los alcances de esa protección.

Las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA comprenden el derecho a la salud, que se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación estatal de respetar y garantizar este derecho implica un cuidado especial de los grupos vulnerables y marginados, y debe realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y con la legislación nacional aplicable. Asimismo, el derecho a la salud de las personas que viven con HIV incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención de la infección, incluida la terapia antirretroviral y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías seguras y eficaces para la prevención y curación del HIV, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria y el acceso a las tecnologías de prevención.

A partir de esto, se analizaron los hechos del caso en dos momentos: la atención médica brindada por el Estado antes y después de 2004. En cuanto al primer período, cuarenta y ocho de las víctimas no recibieron tratamiento médico alguno por parte del Estado. En relación con el segundo, el Estado incumplió su deber de garantizar el derecho a la salud de cuarenta y tres personas. Se acreditó que las víctimas tuvieron acceso irregular, nulo e inadecuado a antirretrovirales, la falta de pruebas periódicas de CD4, carga viral, fenotipo y genotipo, el inadecuado y nulo apoyo social y la imposibilidad de acceso a los centros de salud de algunas víctimas. Esas omisiones son incompatibles con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad en la atención en salud. En consecuencia, el Estado fue responsable por la violación al deber de garantía del derecho a la salud, de conformidad con el art. 26 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

2. Prohibición de discriminación. La falta adecuada de atención médica a mujeres en estado de embarazo o post embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna, por lo que los Estados deben adoptar disposiciones de protección, asumir una posición especial de garante y tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño, para evitar la transmisión vertical del virus. En el caso concreto, dos de las mujeres estaban embarazadas al momento de ser diagnosticadas con VIH o estuvieron embarazadas con posterioridad a su diagnóstico y no se les otorgó una atención adecuada. Esta omisión estatal constituyó una discriminación basada en el género, pues tuvo un impacto diferenciado en las víctimas, y generó un riesgo de transmisión vertical del VIH a sus hijos. Además, la discriminación de las víctimas fue el producto de varios factores concurrentes (mujeres, embarazadas, que viven con HIV) y se condicionaron entre sí. En consecuencia, el Estado fue responsable por la violación de la prohibición de discriminación en relación con la obligación de garantizar el derecho a la salud de dos de las víctimas.

3. Principio de progresividad. Por otro lado, la Corte Interamericana se pronunció sobre si el Estado de Guatemala había violado el principio de progresividad que contiene el art. 26 de la Convención Americana. Existen dos tipos de obligaciones que derivan de los DESCAs protegidos por el art. 26: las de exigibilidad inmediata y las de realización progresiva. Respecto a las segundas, recordó que el desarrollo progresivo de los DESCAs no podrá lograrse en un breve período de tiempo, pero que requiere la realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos. En esta lógica, la obligación de realización progresiva de los DESCAs prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o a su integridad personal. Esta situación ocurre con las personas que viven con HIV cuando no reciben atención médica, por lo cual la inacción estatal en materia de protección del derecho a la salud, previo a 2004, constituyó una violación al principio de progresividad previsto por el art. 26 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

4. Derecho a la vida y a la integridad personal. En relación con el derecho a la vida, las omisiones estatales en la atención médica constituyeron fallas terapéuticas que, de no haber ocurrido, habrían reducido las probabilidades de que se desarrollaran enfermedades oportunistas, que causaron la muerte de doce víctimas. En el mismo sentido, cuarenta y seis de las víctimas sufrieron secuelas físicas y psíquicas como resultado de su condición como personas que viven con HIV. Así, existió un nexo causal entre las omisiones del Estado en el tratamiento médico y el fallecimiento y los sufrimientos físicos y psíquicos de los afectados. En consecuencia, el Estado fue responsable por la violación al deber de garantía del derecho a la vida y a la integridad personal previsto por los arts. 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 26 y 1.1 del mismo instrumento.

5. Derecho a las garantías procesales y a la protección judicial. También se evaluó si la decisión de la Corte de Constitucionalidad cumplía con los requisitos

de idoneidad y efectividad a la luz del recurso que fue presentado por las víctimas, y si fue resuelto en un plazo razonable, conforme a los estándares previstos por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana. En ese sentido, la resolución de la Corte de Constitucionalidad no se pronunció respecto de la cuestión central que había motivado la presentación del amparo, que era el riesgo que existía para la salud y la vida de los afectados por la falta de acceso a un tratamiento médico adecuado. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad no exteriorizó la justificación por la cual consideró que la medida adoptada por el presidente habría sido adecuada. Por otro lado, el retraso en la resolución del proceso, dadas sus características particulares, constituyó una violación a la garantía del plazo razonable. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación a los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de trece víctimas.

6. Derecho a la integridad personal de los familiares. Finalmente, los familiares de las víctimas se vieron afectados en su integridad personal por el sufrimiento y la muerte de sus familiares, por lo que el Estado es responsable por la violación al art. 5.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de sesenta y tres familiares de las víctimas.

Reparaciones:

Se dispusieron las siguientes medidas de reparación integral:

1. Rehabilitación: brindar gratuitamente tratamiento médico y psicológico a las víctimas de violaciones al derecho a la salud y la integridad personal y a sus familiares, y adoptar medidas positivas para garantizar la accesibilidad a los centros de salud.

2. Satisfacción: publicar la sentencia de la Corte Interamericana de manera íntegra y también un resumen oficial, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad y otorgar becas de estudio a los hijos de las víctimas que así lo soliciten.

3. Garantías de no repetición: implementar mecanismos de fiscalización y supervisión de los servicios de salud, diseñar un mecanismo para mejorar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones de salud para personas que viven con HIV, implementar un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, garantizar tratamiento médico adecuado a mujeres embarazadas que viven con HIV y realizar una campaña nacional de concientización y sensibilización sobre los derechos de quienes viven con HIV.

4. Indemnización compensatoria: pagar las sumas monetarias fijadas en esta sentencia por los conceptos relativos al daño material e inmaterial, y reintegrar gastos y costas y los gastos del fondo de asistencia a las víctimas.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 23-8-2018, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.



Responsabilidad internacional del Estado. Obligación de los Estados de investigar. Derecho a la integridad personal. Derecho a la independencia judicial. Intimidación a magistrados. Derecho al debido proceso. Derecho de defensa. Acceso a la justicia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: María Eugenia Villaseñor Velarde se desempeñaba como jueza en Guatemala. Entre 1991 y 1997, tuvo participación en causas judiciales trascendentes.

Distintas fuentes indican que, durante la década de 1990, y al menos hasta 2012, existió en Guatemala una situación de inseguridad respecto de los operadores de justicia, quienes podían verse expuestos a diversos actos de intimidación o agresión relacionados con su función —con lo que se comprometía la vigencia de la independencia judicial—, sin que hubiera una respuesta efectiva del Estado para garantizar sus derechos y los de sus familiares. En ese marco, hubo distintas indicaciones sobre actos intimidatorios contra la jueza.

Así, antes de septiembre de 1994 la jueza denunció amenazas directas (inclusive la amenaza o el intento de secuestro de su hija), daños intencionales a sus bienes, intentos de acceder a su domicilio, entre otros hechos. También puso en conocimiento de las autoridades que el 29 de agosto de ese mismo año un agente asignado a su seguridad fue retenido, golpeado, drogado e interrogado sobre actividades de la jueza, y que quienes lo retuvieron le dijeron que iban a matar a las personas que habitaban la residencia de ella.

También se indicó que entre 1995 y 2013 sucedieron otros hechos, tales como manifestaciones de funcionarios o notas de prensa contrarias a la jueza o sus actuaciones, actos de vigilancia, expresiones públicas de militares contra la jueza, recepción de correos electrónicos injuriosos, robo de diversas pertenencias de ella o de sus familiares, entre otros.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de María Eugenia Villaseñor Velarde.

Guatemala no es responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Beatriz Eugenia Villaseñor Velarde, Francis Antonio

Villaseñor Velarde y Rosa Antonieta Villaseñor Velarde, quienes son, respectivamente, hija, hermano y hermana de María Eugenia Villaseñor Velarde.

Guatemala tampoco es responsable por la violación al derecho a la protección de la honra y de la dignidad respecto de ninguna de las personas nombradas.

Fondo:

Este caso se refiere a posibles presiones externas sobre la actividad judicial. Por ello, se relaciona con un aspecto central del Estado de derecho: la independencia judicial, que es un principio ampliamente reconocido, un objetivo principal de la separación de los poderes públicos y uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, indispensable para la protección de los derechos fundamentales. La independencia judicial abarca la garantía contra presiones externas; el Estado debe adoptar acciones para evitar que personas u órganos ajenos al Poder Judicial o sus integrantes cometan actos de injerencias indebidas sobre estos.

No existen elementos suficientes para considerar algunos de los hechos señalados en el caso, en sí mismos, como presiones indebidas sobre la jueza, por constituir un ejercicio de la libertad de expresión las denuncias o los planteos judiciales respecto de los cuales no hay base suficiente para considerarlos lesivos de los derechos de la víctima. Por otra parte, no se puede determinar de manera conclusiva el eventual carácter ilícito de algunos de los hechos intimidatorios denunciados, considerados en forma individual. Tampoco es posible atribuir responsabilidad al Estado por la participación directa de agentes estatales.

Sin perjuicio de lo anterior, el caso involucró el señalamiento de una sucesión o conjunto de hechos que podían estar relacionados y evidenciar la existencia de presiones externas respecto de la actividad judicial de la jueza. En particular, hechos anteriores a septiembre de 1994 habrían implicado graves circunstancias de intimidación. Quedó acreditado que el Estado tuvo conocimiento de todos los hechos señalados como intimidatorios por diversos medios, inclusive distintas presentaciones y denuncias efectuadas por la jueza en el ámbito interno.

Por ello, Guatemala debía realizar actuaciones para garantizar los derechos de la jueza, por lo que resultó procedente examinar las medidas de seguridad e investigación adoptadas.

La Corte observó que el Estado, entre 1994 y 2013, brindó seguridad a la jueza y sus familiares durante un tiempo cercano a dieciocho años, haciéndolo en forma prácticamente constante a partir de 1996, mediante la asignación de personal policial para su protección. Por ello, cumplió con su deber de protección de modo efectivo.

En cuanto a acciones de investigación respecto de los hechos denunciados por la jueza, no consta actividad estatal respecto de: a) el hecho del 29 de agosto de 1994; b) indicaciones sobre amenazas directas anteriores a septiembre de ese año; c) una denuncia de amenazas de julio de 1994, cuyo expediente fue extraviado; d) dos denuncias realizadas en 1997, y e) una orden policial de 2001 para que se investigaran amenazas por parte de militares. Por otra parte, se acredita que

Guatemala sí inició una investigación por “amenazas” respecto a una denuncia de julio de 2005, pero la actividad investigativa fue escasa y las actuaciones duraron más de doce años sin llegar a ningún resultado. Por esa razón, la Corte concluyó que Guatemala no había investigado los hechos del caso en forma diligente y en un plazo razonable.

El cumplimiento de la obligación de investigar puede ser un medio para garantizar derechos sustantivos y que, además, quien se considere víctima de violaciones a sus derechos tenga derecho a acceder a la justicia para que se cumpla dicho deber. Dado que en el caso se indicó una situación de riesgo prolongada en el tiempo y relacionada con la actividad de la jueza, el cumplimiento del deber de investigar podía ser relevante para la desactivación o merma del riesgo y para garantizar la independencia judicial. La Corte, considerando lo dicho y distintos elementos de prueba, entendió que era razonable asumir que el incumplimiento del deber de investigar generó en la jueza una situación de incertidumbre y angustia que afectó su integridad personal.

Por el contrario, según la Corte, no se violó el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, pues, como se señaló, no analizó individualmente diversos actos de expresión y, además, en relación con algunos señalamientos puntuales, advirtió que la Corte Suprema, después de un procedimiento, constató que la jueza no había tenido relación con un proceso judicial respecto del cual se la había acusado de actos de corrupción, y el Estado investigó el origen de un correo electrónico de noviembre de 2007 que profería acusaciones contra la jueza.

La conducta estatal indebida se restringió al deber de investigar, y que no era posible trasladar la conclusión sobre la afectación a la integridad personal de la jueza a sus familiares. Tampoco son atribuibles al Estado las circunstancias que pudieron afectarlos directamente. Por ello, no hubo una violación a la integridad personal ni a la protección de la honra y de la dignidad en perjuicio de la hija, la hermana y el hermano de la jueza.

En definitiva, por la falta de actuaciones efectivas para investigar los hechos, Guatemala incumplió su deber de garantizar el derecho a la integridad personal de la jueza, que se vio afectado en relación con su independencia judicial. Asimismo, menoscabó sus derechos a las garantías judiciales y protección judicial.

Por ende, la Corte declaró que Guatemala violó, en perjuicio de María Eugenia Villaseñor Velarde, los arts. 5.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado.

Reparaciones:

Esta sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación. Además, se dispone por unanimidad que: a) el Estado deberá publicar la presente sentencia y su resumen oficial; b) el Estado deberá pagar la cantidad fijada en la sentencia en concepto de indemnización por daño inmaterial; c) el Estado deberá reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala (fondo, reparaciones y costas)*, sentencia del 5-2-2019, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_374_esp.pdf.



Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión consultiva. Derecho a la identidad de género. Cambio de nombre. Derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo. Derecho a la igualdad. Principio de no discriminación. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Solicitud: el Estado de Costa Rica formuló algunas consultas acerca de dos temas relacionados con los derechos de personas LGBTI. El primer tema versa sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo.

Las consultas planteadas fueron las siguientes:

a) Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención, ¿contempla esa protección y la Convención Americana que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?

b) En caso de que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la Convención Americana que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?

c) ¿Podría entenderse que el art. 54 del Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado, de acuerdo con la Convención Americana, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?

d) Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los arts. 1 y 24 de la Convención Americana, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención, ¿contempla esa protección y la Convención Americana que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?

e) En caso de que fuera afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?

Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: se refirió al contexto relacionado con los derechos de las personas LGBTI, una minoría que ha sido históricamente víctima de discriminación estructural, estigmatización, de diversas formas de violencia y de violaciones a sus derechos fundamentales.

Con la finalidad de responder a las preguntas planteadas, el Tribunal desarrolló consideraciones en torno al principio de igualdad y no discriminación, al derecho a la identidad y a la identidad de género, al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho al nombre, a los procedimientos de cambio de nombre y demás datos de identidad por razones de identidad de género, al procedimiento de cambio de nombre previsto por el art. 54 del Código Civil de Costa Rica, a la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo y a los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas.

Sobre el principio de igualdad y no discriminación:

De conformidad con las obligaciones generales de respeto y de garantía establecidas en el art. 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en su art. 29, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA y los organismos de Naciones Unidas, la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención Americana. Por ello, ella prohíbe cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.

En lo que respecta a la expresión de género, es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello se corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de discriminación, independientemente de si la persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. En igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen

otras condiciones personales. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o autopercebida; también se debe entender en relación con la identidad percibida de forma externa, independientemente de que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido, se debe entender que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su art. 1.1.

Con respecto al alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual, no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, por ejemplo, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual.

De igual forma, la falta de un consenso en el interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido.

Sobre el derecho a la identidad de género:

La identidad de género y sexual también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada. Así, frente a la identidad sexual, la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad, en el que también influye la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo esta se autoidentifique.

En esa línea, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligado necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de la construcción de la identidad que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad.

El derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se encuentra protegido por el art. 13, que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esta óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho. La falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género, con lo cual se envía un mensaje generalizado de que las personas que se aparten de los estándares tradicionales no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de quienes no se aparten de ellos.

La identidad de género es un elemento constitutivo de la identidad de las personas. En consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluidos la protección contra la violencia, tortura y malos tratos, el derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación. La Corte sostuvo en su jurisprudencia que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana. Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con una constancia legal de su existencia y dificultar el pleno ejercicio de sus derechos.

En el mismo sentido, el derecho a la identidad posee un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Por consiguiente, el derecho a la identidad se constituye en un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, lo que facilita la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades. Además, la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para su garantía colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales. Así se crean diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.

El Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todos ellos puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. Esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que, a través de ella, el Estado también garantizaría la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer.

Sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género:

El libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y a la intimidad implican el reconocimiento de los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de estos la persona se proyecta frente a sí misma y dentro de una sociedad. El nombre como atributo de la personalidad constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de

una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado. Con él se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse. Se trata de un derecho fundamental, inherente a todas las personas por el solo hecho de existir. Además, el derecho al nombre, reconocido en el art. 18 de la Convención Americana y también en diversos instrumentos internacionales, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado.

El derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad, sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismas se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (arts. 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (art. 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), y el derecho al nombre (art. 18). Los Estados deben respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. Ello implica necesariamente que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tales. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad. La exposición continua al cuestionamiento social sobre su identidad afecta el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional.

En respuesta a la primera pregunta planteada por Costa Rica, el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación de la mención del sexo o género en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género autopercebida, es un derecho protegido por el art. 18 (derecho al nombre), pero también por los arts. 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad) y 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (art. 2 del mismo instrumento), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

Sobre los procedimientos de cambio de nombre y demás datos de identidad por razones de identidad de género:

Respecto de la segunda consulta efectuada por el Estado de Costa Rica, los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno. Los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género en los

registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género autopercibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género autopercibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Los trámites de naturaleza administrativa o notarial son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos; los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa que posibilite la elección de la persona. En concordancia con lo anterior, la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género autopercibida no necesariamente debe ser establecida por ley en la medida que debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente.

Sobre el art. 54 del Código Civil de Costa Rica:

Respecto de la tercera consulta, el art. 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana solo si es interpretado en el sentido de que el procedimiento garantice que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad, para que sean conformes a su identidad de género autopercibida, puedan gozar efectivamente de ese derecho. El trámite administrativo debería cumplir con los siguientes aspectos: a) adecuarse de modo integral a la identidad de género autopercibida; b) basarse únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables; c) ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) ser expedito y en la medida de lo posible tender a la gratuidad, y e) no exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

En consecuencia, de acuerdo con el control de convencionalidad, el art. 54 del Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos, para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género autopercibida puedan gozar efectivamente del derecho humano reconocido en los arts. 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana.

El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante

el cual incorpore los estándares al procedimiento de naturaleza administrativa, que puede proveer de forma paralela.

Sobre la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo:

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (art. 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (art. 17), el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo. También deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts. 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surjan de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

Sobre los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas:

Existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. Los arts. 11.2 y 17 de la Convención Americana no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas de los derechos reconocidos.

Si un Estado decide que, para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas y, por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo —incluido el matrimonio—, de conformidad con el principio *pro persona* del art. 29 de la Convención Americana, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los arts. 11.2 y 17 de la Convención Americana. Este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

La presunta falta de consenso en el interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

En lo que se refiere al instituto del matrimonio, establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en cuanto a poder formar una familia —por una unión marital de hecho o por un matrimonio civil— no logra superar un test estricto de igualdad, pues no existe una finalidad convencionalmente aceptable para que la distinción resulte necesaria o proporcional. Así, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes

para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria y, por tanto, incompatible con la Convención Americana.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, opinión consultiva OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24-11-2017, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.



ÍNDICES

investigaciones

POR PAÍSES

ALEMANIA: 26, 76, 87, 192, 200.

BÉLGICA: 39.

BRASIL: 199.

CANADÁ: 207.

CHILE: 32.

COLOMBIA: 49, 54, 61, 67, 159.

ESTADOS UNIDOS: 44, 172, 176, 189, 197.

ESPAÑA: 11, 92, 165, 178.

FINLANDIA: 169.

FRANCIA: 38, 40, 75, 174, 183, 185, 187.

INDIA: 23, 78, 204.

ITALIA: 167.

MÉXICO: 15.

PERÚ: 35.

REINO UNIDO: 42.

SUDÁFRICA: 82.

POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 97, 103, 105, 111, 115, 123, 156.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: 210, 216, 221, 224.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 127, 130, 132, 135, 137, 138, 140, 143, 144, 147, 149, 150, 152, 154.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA: 108.

TEMÁTICO

ACCIÓN DE TUTELA: 67

Requisitos de procedencia: 67.

Solicitud previa de información como requisito de procedencia: 67.

ACCIONES DE CLASE: 176.

Inaplicabilidad de la figura para el proceso penal: 176.

AMPARO: 15.

Educación: 15.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: 11, 38, 40, 78.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: 192, 204.

Autodeterminación informativa: 192.

Cambio de nombre: 224.

Identidad de género: 204, 224.

Derechos patrimoniales entre personas del mismo sexo: 224.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 15.

Gratuidad de la educación superior: 15.

Principio de autonomía universitaria: 15.

Principio de progresividad: 15.

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA: 23, 82, 204.

Acceso a la justicia: 82.

Identidad de género: 204.

Libertad de culto: 23.

DERECHO A LA HONRA: 67.

Facebook: 67.

Redes sociales: 67.

YouTube: 67.

Libertad de expresión: 67.

Libertad de información: 67.

Libertad de opinión: 67.

DERECHO A LA IGUALDAD: 23, 26, 38, 44, 82, 204, 224.

Discriminación con base en la orientación sexual: 204.

Discriminación en razón de género: 23.

Discriminación por categorías de personas: 44.

Eficacia horizontal: 26.

Igualdad ante la ley: 38.

Igualdad de género: 82.

Libertad religiosa: 82.

Principio de igualdad y no discriminación: 204, 224.

DERECHO A LA INFORMACIÓN: 32, 49, 210.

Acceso: 210.

Consentimiento informado: 49, 210.

Derecho a la rectificación: 67.

Diagnóstico de salud: 49.

Información en poder de la administración: 32.

Responsabilidad internacional del Estado: 210.

Solicitud previa como requisito de procedencia de la acción de tutela: 67.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: 54, 210, 216, 221.

Derecho de los familiares: 216.

Obligación de los Estados de investigar: 221.

Responsabilidad internacional del Estado: 210, 216.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 67, 169, 172, 204.

Derecho a la imagen: 169.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 67, 169.

Discriminación con base en la orientación sexual: 204.

Expectativa razonable de privacidad: 172.

Publicación de la identidad: 169.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: 40, 183.

Libertad de circulación en la vía pública: 40.

Libertad de estacionamiento en la vía pública: 40.

Libertad de transitar: 183.

DERECHO A LA LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA: 35, 38, 39, 75.

Derecho transitorio: 39.

Horarios de apertura comercial en centros turísticos: 39.

Conflicto de competencias entre el Estado y las regiones: 39.

DERECHO A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN: 174.

Igualdad ante la ley: 174.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO: 23.

Prohibición de ingreso al templo de mujeres en edad fértil: 23.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA: 35, 38, 40.

Comercialización y consumo de bebidas alcohólicas, restricciones: 35.

Taxis: 38.

Transporte de pasajeros: 38, 40.

Vehículos con chofer: 38.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 67, 169, 174, 204.

Discriminación con base en la orientación sexual: 204.

Facebook: 67.

Igualdad ante la ley: 174.

Interés público: 169.

Restricciones: 169.

YouTube: 67.

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: 67.

Facebook: 67.

YouTube: 67.

DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN: 67.

Facebook: 67.

YouTube: 67.

DERECHO A LA PROTECCIÓN LEGAL EFECTIVA: 76.

DERECHO A LA SALUD: 44, 204, 210, 216.

Aborto: 44.

Adultos mayores: 210.

Atención integral: 49.

Consentimiento informado: 49, 210.

Derechos reproductivos: 204.

Derechos sexuales: 204.

Diagnóstico: 49.

Efectos secundarios: 49.

Financiación del Estado limitada a lo médicamente necesario: 44.

Menores: 49.

Salud pública: 49.

Prevención sanitaria: 49.

Principio de continuidad: 49.

Principio de integralidad: 49.

Principio de precaución: 49.

Principio de progresividad: 216.

Responsabilidad internacional del Estado: 210, 216.

Seguridad social: 49.

Vacunación: 49.

Vacuna HPV: 49.

DERECHO A LA SEGURIDAD: 39.

Seguridad personal: 54.

Seguridad jurídica: 39.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: 49.

Salud: 49.

DERECHO A LA VIDA: 54, 61, 216.

Derecho a una vida libre de violencia: 54, 61.

Responsabilidad internacional del Estado: 216.

DERECHO A MORIR DIGNAMENTE: 42.

Pacientes con pérdida prolongada de conciencia: 42.

Tratamientos de soporte vital: 42.

Necesidad o no de intervención judicial: 42.

DERECHO AL BUEN NOMBRE: 67.**DERECHO AL DEBIDO PROCESO:** 26, 54, 172, 185, 189, 192, 210, 221.

Acceso a la justicia: 54, 210, 221.

Debido proceso: 26, 172.

Derecho a un juicio justo: 192.

Derecho de defensa: 192, 210.

Recurso jurisdiccional efectivo: 185, 187.

Plazo razonable: 210.

Revictimización: 54.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA: 183, 185.

Igualdad ante la ley: 183.

Libertad individual: 185.

DERECHO AMBIENTAL: 32, 75, 76.

Biodiversidad: 75.

Conocimiento científico: 76.

Control ambiental: 76.

Especies en peligro de extinción: 76.

Procedimiento de consultas: 75.

Reproducción de cetáceos en cautiverio: 75.

DERECHO DE DEFENSA: 26, 167, 221.

Acceso a la justicia: 221.

Derecho a ser oído: 26.

Debido al debido proceso: 167.

Derecho de defensa: 221.

DERECHO DE FAMILIA: 78.

Divorcio unilateral: 78.

Matrimonio religioso: 78, 82.

DERECHO DE IGUALDAD: 40, 159.

Derecho al trabajo: 159.

Igualdad ante la ley: 40.

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: 92.

Accidentes de trabajo: 92.

Homicidio por razones personales en el ámbito laboral: 92.

Pensión de viudedad: 92.

DERECHO DE PROPIEDAD: 26.

- Datos informáticos: 185.
- Denegación de acceso de hinchas violentos, constitucionalidad: 26.
- Estadios de fútbol: 26.

DERECHO DEL TRABAJO: 87, 159.

- Comerciantes informales en el espacio público: 159.
- Comerciantes informales en el espacio público, aquiescencia de la administración: 159.
- Constitucionalidad del derecho de huelga y alcance en términos de la CEDH: 87.
- Derecho a la igualdad: 159.
- Derecho de huelga: 87.
- Derecho fundamental al mínimo vital: 159.
- Derecho fundamental al trabajo: 159.
- Despido: 159.
- Despido, uso de un vehículo del empleador para fines particulares: 159.
- Empleo público: 87.
- Libertad de asociación: 87.
- Libertad sindical: 87.
- Políticas públicas compensatorias: 159.
- Principio constitucional de confianza legítima: 159.
- Prohibición de ejercicio del derecho de huelga en la función pública: 87.
- Recuperación de bienes de uso público: 159.

DERECHO INFORMÁTICO: 167, 169, 185.

- Calumnias e injurias: 167.
- Copia de datos informáticos: 185.
- Delitos contra la integridad sexual: 169.
- Difamación a través de Facebook: 167.
- Incautación de datos: 185.
- Libertad de expresión: 169.
- Publicación de la identidad: 169.
- Redes sociales: 167, 169.

DERECHO PENAL: 167, 172, 174, 176, 178, 183, 185, 187, 189, 192, 199.

- Acciones de clase, inaplicabilidad de la figura para el proceso penal: 176.
- Allanamiento: 172.
- Allanamiento a un estudio jurídico: 192.
- Allanamientos administrativos: 185.
- Calumnias e injurias: 167.
- Confiscación civil o in rem: 189.
- Consulta habitual a sitios web de terrorismo: 174.
- Controles de identidad: 183.
- Controles de equipaje: 183.
- Copia de datos informáticos: 185.
- Cuestión abstracta: 176.

Delitos contra la integridad sexual: 169.
 Detención preventiva: 199.
 Difamación a través de Facebook, tipificación penal: 167.
 Doctrina de la ignorancia deliberada: 178.
 Dolo eventual: 178.
 Estado de emergencia: 183, 185, 187.
 Incautación de documentos: 192.
 Libertad de tránsito: 183.
 Multa excesiva, prohibición constitucional: 189.
 Normas nacionales y estatales: 197.
 Principio de congruencia: 167.
 Principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas: 174.
 Protección del orden público: 185, 187.
 Registro de vehículos: 172, 183.
 Registro domiciliario: 172.
 Robo con violación de domicilio: 197.
 Sociedades: 192.

DERECHOS POLÍTICOS: 199, 200.

Equidad en el proceso electoral: 200.
 Manifestación de un funcionario público contra un partido político: 200.
 Suspensión de la designación de un ministro: 199.

DERECHO PROCESAL: 165, 183.

Derecho a un recurso jurisdiccional efectivo: 183.
 Recurso de casación para la unificación de doctrina: 165.

DERECHO TRIBUTARIO: 178.

Evasión fiscal: 178.

DIVISIÓN DE PODERES: 11, 189, 197, 207.

Autonomismo: 11.
 Conflicto de competencia: 207.
 Conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: 11.
 Multa: 189.
 Normas nacionales y estatales: 197.
 Deber de consulta: 207.
 Jurisdicción y competencia: 189, 197.
 Normas nacionales y estatales: 197.
 Principio de honor de la Corona: 207.
 Pueblos originarios: 207.
 Racionalización del gasto público en el ámbito educativo: 11.
 Situación de urgencia y necesidad: 11.

PRINCIPIO DE RACIONALIDAD: 35.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: 210, 216, 221, 224.

- Adultos mayores: 210.
- Derecho a la salud: 210, 216.
- Principio de progresividad: 216.
- Prohibición de discriminación basada en género: 216.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: 210, 216, 221, 224.

- Opinión consultiva: 224.

VIOLENCIA DE GÉNERO: 54, 61.

- Debido proceso: 61.
- Perspectiva de género: 61.
- Protección especial a mujeres: 61.
- Resoluciones judiciales: 61.

VIOLENCIA DOMÉSTICA: 54.

- Debido proceso: 54.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: 61.

- Protección especial a mujeres: 61.
- Debido proceso: 61.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 97.

- Abuso de autoridad parental: 97.
- Asistencia escolar obligatoria, responsabilidad penal de los padres: 97.
- Interés superior del menor: 97.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 111.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 111.

DERECHO A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: 130.

- Restricciones: 130.
- Prohibición de ciertas actividades lucrativas (urnas cinerarias): 130.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 105.

- Responsabilidad del Estado: 105.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: 132.

- Responsabilidad conjunta de Facebook y el administrador de una página: 132.
- Tratamiento de datos de los visitantes de una página de Facebook: 132.

DERECHO A LA SALUD: 108, 127.

Biotecnología: 127.

Medicamentos biotecnológicos para uso humano: 127.

Reacondicionamiento de un medicamento para su uso en un tratamiento no cubierto por su autorización de comercialización: 127.

Salud pública: 108.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 103, 115, 123.

Derecho a un juicio justo: 123.

Derecho de defensa: 115, 123.

Plazo razonable: 115, 123.

Principio de legalidad: 103.

Proceso equitativo: 103.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 97, 105, 111, 140, 156.

Menores, alcance en términos de la CEDH: 156.

Principio de proporcionalidad: 97.

Derecho a la correspondencia: 105.

Derecho a tener un domicilio: 105.

Violencia doméstica: 156.

DERECHO AMBIENTAL: 108, 135.

Biotecnología: 108.

Concepto de derecho medioambiental en términos del derecho de la Unión: 108.

Impuestos nacionales de los derechos de emisión vendidos o no utilizados: 135.

Organismos genéticamente modificados: 108.

Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero: 135.

DERECHO COMERCIAL: 137, 138.

Concepto de “forma” en el marco de la Unión Europea: 143.

Derecho de la propiedad industrial: 143.

Marcas y patentes: 143.

Marcas y patentes, denegación o nulidad de registro: 143.

Marcas y patentes, signos constituidos exclusivamente por la forma del producto: 143.

Servicios de la sociedad de la información: 137, 138.

Servicios de transporte: 137, 138.

Servicios de transporte: exigencia de una autorización administrativa: 138.

Servicios en el mercado interior: 138.

DERECHO DE FAMILIA: 111.

Exigibilidad de la prueba de ADN dispuesta judicialmente: 111.

Paternidad extramatrimonial: 111.

Reclamo de filiación: 111.

DERECHO DEL CONSUMIDOR: 147, 149.

Acción colectiva: 147.

Contratos: 147, 149.
Contratos, cláusulas abusivas: 149.
Facebook: 147.
Fuero del consumidor: 147.
Instituciones educativas: 149.

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: 127, 144.

Cambio de sexo: requisitos para el reconocimiento: 144.
Cambio de sexo: normativa nacional que supedita el reconocimiento a la anulación de un matrimonio anterior al cambio de sexo: 144.
Denegación de pensión a quien ha cambiado de sexo después de la edad de jubilación de personas del sexo adquirido: 144.
Discriminación directa en razón de sexo: 144.
Igualdad de trato entre hombres y mujeres: 144.
Inclusión en el ámbito de aplicación del sistema nacional de seguro de salud: 127.
Pensiones del Estado: 144.

DERECHO PENAL: 115, 123.

Aplicación retroactiva de la ley penal: 123.
Control de legalidad de la medida cautelar: 115.
Derecho a la libertad personal: 115, 123.
Medidas de seguridad preventivas: 123.
Principio de legalidad: 123.
Principio de legalidad de los delitos y las penas: 150.
Prisión preventiva: 115.
Proceso penal: 150.
Proceso penal, prescripción: 150.
Proceso penal, plazos: 150.

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS: 140, 152.

Asilo: 140.
Derecho a la reagrupación familiar: 154.
Estatuto de los residentes nacionales de terceros países: 152.
Examen psicológico: 140.
Expulsión: 152.
Inmigrantes: 140.
Menores: derecho a la reagrupación familiar con sus padres: 154.
Menores: alcance de la mayoría de edad durante el procedimiento de asilo: 154.
Persecución ligada a la orientación sexual: 140.
Refugiados: 140, 154.
Requisitos para la concesión del estatuto de protección subsidiaria: 140.
Requisitos para la concesión del estatuto de refugiado: 140.

DERECHOS POLÍTICOS: 115.

Derecho a participar de elecciones libres: 115.
Derecho a ejercer el mandato: 115.

DERECHO TRIBUTARIO: 135, 150.

Afectación de los intereses financieros de la Unión Europea: 150.

Evasión fiscal: 150.

Fraude en materia de IVA: 150.

Impuestos nacionales de los derechos de emisión vendidos o no utilizados: 135.

PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: 127, 130, 132, 135, 137, 138, 140, 143, 144, 147, 149, 150, 152, 154.

Admisibilidad de la petición: 130.

Competencia del Tribunal de Justicia: 130.

Normativa nacional, coherencia y examen de proporcionalidad: 130.

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: 103.

Diligencia debida del primer ministro: 103.

Responsabilidad del Estado: 105.

