

investigaciones



2[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 2[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 2[2019]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2019. Año XXIII-

Secciones	Páginas
JURISPRUDENCIA	9/202
ÍNDICES	205/217

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

JURISPRUDENCIA

investigaciones

Derecho a la igualdad. Discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género. Homofobia y transfobia. Omisión inconstitucional del Congreso. Racismo. (Brasil).

Antecedentes del caso: se iniciaron dos acciones, ante el Tribunal Supremo Federal, para cuestionar que el Congreso Nacional no hubiera sancionado la ley de criminalización de actos de homofobia y transfobia. Ambas acciones reclamaron la criminalización específica de todas las formas de homofobia y transfobia, especialmente de los agravios (individuales y colectivos), de los homicidios y de las agresiones y discriminaciones que estuvieran motivados por la orientación sexual o la identidad de género, real o supuesta, de la víctima.

En el primer caso, el Partido Popular Socialista presentó una acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO 26) contra el Congreso Nacional. Alegó que existe una obligación constitucional de criminalizar la homofobia y la transfobia y que el Congreso Nacional simplemente se niega a votar un proyecto de ley en ese sentido.

En el segundo caso, la Asociación Brasileira de Gays, Lesbianas y Transgéneros interpuso un *mandado de injunção* (MI 4733) contra el Congreso Nacional. Argumentó que la Constitución Federal permite conceder un *mandado de injunção* orientado a la criminalización específica de conductas cuando sea necesario para el ejercicio de las prerrogativas constitucionales de las víctimas en cuestión. Agregó que existe una obligación constitucional de criminalizar la homofobia y la transfobia, ya que constituyen formas de racismo.

Sentencia: el plenario del Tribunal Supremo Federal resolvió que hubo una omisión inconstitucional del Congreso Nacional por no haber sancionado una ley para criminalizar los actos de homofobia y transfobia.

Por mayoría, el Tribunal Supremo Federal reconoció la mora del Congreso Nacional para criminalizar los actos contra derechos fundamentales de la comunidad LGBT. Ocho miembros de la mayoría votaron por encuadrar la homofobia y la transfobia como tipos penales definidos en la Ley 7716/1989 (conocida como ley del racismo) hasta que el Congreso Nacional sancione una ley específica sobre la materia, mientras que otros dos integrantes entendieron que la conducta cuestionada solo puede ser penada mediante una ley aprobada por el Poder Legislativo. La minoría, constituida por un solo magistrado, no reconoció la mora.

Para resolver estas dos acciones, el Tribunal examinó diversas cuestiones: si existían los presupuestos y requisitos necesarios para aceptar la acción directa de inconstitucionalidad y el *mandado de injunção*; si hubo efectivamente mora del Congreso Nacional en la criminalización de actos de homofobia y transfobia; si es posible la aplicación subsidiaria de la ley que define los crímenes derivados de prejuicios de raza o color para criminalizar la homofobia y la transfobia, y si está definido el deber estatal de indemnizar a las víctimas de todas las formas de homofobia y transfobia aun cuando esas conductas todavía no han sido criminalizadas.

La opinión mayoritaria, tanto en relación con la ADO 26 como con el MI 4733, fue que correspondía conceder la acción directa de inconstitucionalidad y el *mandado de injunção*, reconocer la omisión legislativa e interpretar, de acuerdo con la Constitución Federal, que se debía encuadrar los actos de homofobia y transfobia como tipos penales previstos en la ley del racismo hasta que el Congreso Nacional legislara con especificidad sobre la materia.

Una magistrada integrante de la mayoría, entre otros argumentos, sostuvo que, después de tantas muertes e incitación al odio hacia los homosexuales, no es posible desconocer la inercia del legislador brasileiro y que esa omisión es inconstitucional. Agregó que la reiteración de ataques de homofobia y transfobia revela una situación de verdadera barbarie, en la que se pretende eliminar a quien se percibe diferente física, psíquica o sexualmente. En este sentido, consideró que la singularidad de cada ser humano no puede ser pretexto para la desigualdad de derechos y que la discriminación contra una sola persona comprende a toda la sociedad. Así, para garantizar el cumplimiento de la Constitución, aseguró que la tutela de los derechos fundamentales debe ser plena.

Otro magistrado miembro de la mayoría también manifestó que hubo omisión del Congreso Nacional y expresó que la interpretación de que la ley del racismo puede alcanzar a los integrantes de la comunidad LGBT es compatible con la Constitución Federal. Agregó que la criminalización de la homofobia es necesaria por los diversos actos discriminatorios (homicidios, agresiones, amenazas) que sufren los homosexuales y que la materia comprende la protección constitucional de los derechos fundamentales, de las minorías y de las libertades.

Dos integrantes del Tribunal reconocieron la mora legislativa y la necesidad de instar al Congreso Nacional a resolverla, pero entendieron que la homofobia y la transfobia no pueden ser encuadradas por la ley del racismo y que es indispensable que el Poder Legislativo sancione una ley para criminalizar esos actos discriminatorios. Consideraron que la extensión del tipo penal para abarcar situaciones no específicamente tipificadas por la norma atenta contra el principio de reserva legal, que es una garantía fundamental de los ciudadanos y promueve la seguridad jurídica de todos. Afirmaron que la Constitución solo admite la ley como fuente formal y directa de reglas de derecho penal. Asimismo, destacaron que, a pesar de las diferentes posiciones, todos los votos repudiaron la discriminación, el odio, el prejuicio y la violencia por razones de orientación sexual e identidad de género.

Por otro lado, un solo magistrado no reconoció la omisión legislativa en cuanto a la criminalización específica de los actos de homofobia y transfobia. Consideró que la ley del racismo no puede ser ampliada a causa de la taxatividad de los delitos expresamente previstos por ella.

En conclusión, el plenario, por mayoría, aprobó las tesis propuestas por uno de los magistrados. La primera establece que, hasta que el Congreso Nacional sancione una ley específica, las conductas homofóbicas y la transfóbicas, reales o supuestas, que expresen odio hacia la orientación sexual o la identidad de género de alguien, se encuadran dentro de los crímenes previstos en la Ley 7716/1989. Si se trata de un homicidio doloso, esas conductas constituyen circunstancias agravantes, porque configuran un “motivo torpe”, de acuerdo con el Código Penal.

La segunda tesis prevé que la represión penal de las prácticas de homofobia y transfobia no alcanza ni restringe o limita el ejercicio de la libertad religiosa, cualquiera sea el credo que se profese. Los ministros y autoridades religiosas tienen el derecho de predicar y divulgar, por cualquier medio, su pensamiento y expresar sus convicciones, así como también enseñar según su orientación doctrinaria o teológica, siempre que esas manifestaciones no conformen un discurso de odio, es decir, que no inciten a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género.

La tercera tesis dispone que el concepto de racismo, en su dimensión social, excede aspectos estrictamente biológicos o fenotípicos y resulta, como manifestación de poder, una construcción de índole histórico-cultural cuyo objetivo es justificar la desigualdad. El racismo implica control ideológico, dominación política, opresión social y negación de la dignidad y la humanidad de grupos vulnerables (LGBTI+). Estos sectores son considerados extraños y diferentes, estigmatizados, degradados a condición de marginales del ordenamiento jurídico y expuestos, en consecuencia, a una injusta y lesiva situación de exclusión del sistema general de protección del derecho.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: un *mandado de injunção* es una acción constitucional, individual o colectiva, empleada para un caso concreto con la finalidad de que el Poder Judicial advierta al Poder Legislativo sobre la necesidad de una norma reguladora, cuya ausencia impide el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Constituye un instrumento procesal que debe conceder el Tribunal Supremo Federal y está previsto en la Constitución Federal de Brasil de 1988. Su art 5.LXXI expresa: “Se concederá el *mandado de injunção* siempre que la falta de la norma reguladora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADO 26 y MI 4733, sentencia del 13-6-2019, en <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>.



Derecho a la intimidad. Voyerismo. Expectativa razonable de privacidad. Cámaras ocultas. Integridad sexual. (Canadá).

Antecedentes del caso: Jarvis era profesor de Inglés en una escuela secundaria de Canadá. Fue acusado de grabar videos de sus alumnas mujeres, por medio de una cámara oculta en una lapicera, mientras realizaban actividades en las áreas comunes de la escuela. La mayor parte de los videos enfocaban las partes altas del cuerpo, la cara y el pecho. Las alumnas no prestaron su consentimiento ni estaban al tanto de que el profesor las hubiera filmado. En ese momento, una junta escolar prohibió el tipo de conducta atribuida al acusado.

Jarvis fue acusado de voyerismo en términos del art. 162 del Código Penal. El delito de voyerismo se configura cuando una persona observa o graba a escondidas y con fines sexuales a otra persona que tiene una expectativa razonable de privacidad. Durante el juicio el acusado admitió haber grabado videos a escondidas. Por lo tanto, debían resolverse dos cuestiones: si las estudiantes filmadas por el acusado estaban en circunstancias que dieran lugar a una expectativa razonable de privacidad, y si el acusado había realizado las grabaciones con propósitos sexuales.

El juez que primero intervino en la causa, si bien consideró que las circunstancias de las estudiantes daban lugar a una expectativa razonable de privacidad, absolvió al acusado por entender que no era posible asegurar que las filmaciones hubieran sido realizadas con propósitos sexuales.

El Tribunal de Apelaciones concluyó de manera unánime en que el juez había incurrido en un error al no dictaminar que las filmaciones tenían una finalidad sexual. No obstante, por mayoría, el Tribunal confirmó la absolución del acusado por entender que el juez también había errado al dictaminar que las estudiantes se encontraban en circunstancias que daban lugar a una expectativa razonable de privacidad.

La Corona presentó un recurso de apelación ante la Corte Suprema, en relación con la posibilidad de que las alumnas tuvieran una expectativa razonable de privacidad.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá condenó a Jarvis en virtud del art. 162.1 por el delito de voyerismo. Las estudiantes tenían una expectativa razonable de privacidad en el contexto escolar.

Las circunstancias que dan surgimiento a una expectativa razonable de privacidad, según el art. 162 del Código Penal, son aquellas en las que, de manera razonable, una persona esperaría no ser objeto de una observación o filmación que de hecho ha ocurrido. La investigación debe tener en cuenta el contexto. Entre las consideraciones relevantes se incluye: 1) la locación en la que se hallaba la persona al ser observada o filmada; 2) la naturaleza de la conducta penalizada (una observación o una filmación); 3) si la persona tenía consciencia de haber sido filmada o bien si había prestado su consentimiento; 4) la manera en que la filmación fue realizada; 5) la materia o contenido de la observación o filmación; 6) cualquier tipo de regla, regulación o política que rigiera en el momento; 7) el vínculo entre la persona observada o filmada y el responsable del hecho; 8) el propósito que motivó la observación o filmación, y 9) los atributos de la persona observada o filmada. Esta lista de consideraciones no es exhaustiva y no todas ellas son relevantes en cada caso.

En algunos casos, la observación o filmación puede no infringir la privacidad aun cuando tenga un propósito sexual. En otros casos, la observación o grabación puede infringir la privacidad con independencia de su propósito y se podría justificar una condena en términos del art. 162 si se cumplieran los demás elementos objetivos del delito. De manera similar, aunque el hecho de que la cámara estuviera oculta, en términos del art. 162.1, constituye un elemento del delito, no significa que nunca podría ser tomado en cuenta el elemento en cuestión al evaluar si la persona observada o filmada tiene una expectativa razonable de privacidad.

“Privacidad”, tal como se entiende normalmente, no es un concepto de todo o nada, y estar en un lugar público o semipúblico no niega automáticamente todas las expectativas de privacidad. Más bien, que una observación o filmación sea considerada como una invasión de la privacidad depende de la naturaleza de esa observación o filmación, de la actividad que realiza la persona al ser observada o filmada y de la parte del cuerpo sobre la que hace foco la cámara. El hecho de que varios factores puedan influir en la expectativa de una persona respecto de ser o no observada o filmada se plasma en la opción del legislador por la palabra “circunstancias”, en referencia al marco que da lugar a una expectativa razonable de privacidad. Si el Parlamento hubiese querido precisar la naturaleza de cada una de estas circunstancias, lo habría hecho expresamente.

El contexto legal inmediato de las palabras “circunstancias que dan lugar a una expectativa razonable de privacidad” presta fundamento a la interpretación de que este elemento del delito no está regido principalmente, o solamente, por el lugar en que la persona está ubicada, ni tampoco limita la comisión del delito a espacios considerados tradicionalmente como privados. El párrafo a. del art. 162.1 circunscribe expresamente el alcance de la prohibición de observar o filmar al referirse a la locación, pero sería incongruente con este párrafo leer el requisito de que la persona observada o filmada se encuentre en circunstancias que den lugar a una expectativa razonable de privacidad como si estuviera regido por la locación. Además, la intención de los legisladores se deduce de la inclusión de los párrafos b. y c. en el art. 162.1. El Parlamento entendió que puede ocurrir que una persona tenga una expectativa de privacidad razonable en algún otro lugar aparte de uno en que se prevean, o efectivamente se den, casos de desnudez o actividad sexual explícita.

El objetivo del Parlamento al tipificar el delito de voyerismo fue proteger la privacidad e integridad sexual de las personas, particularmente frente a la amenaza que representa el abuso de las nuevas tecnologías. Leer la expresión “circunstancias que dan lugar a una expectativa razonable de privacidad” de modo estrecho socavaría la intención del Parlamento de que el delito prohíba las observaciones o filmaciones ocultas destinadas a la explotación sexual o a una violación grave de la privacidad.

La jurisprudencia relativa al art. 8 de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades también instruye sobre la interpretación del art. 162. El Parlamento, en el art. 162.1, eligió a propósito los términos “expectativa razonable de privacidad”, con la intención de que la jurisprudencia relacionada con este concepto informara el contenido y el significado de la expresión. Además, la jurisprudencia relativa al art. 8 constituye un rico compendio de pensamiento jurídico en materia de privacidad. Las sentencias relativas a las expectativas de privacidad vinculadas con el art. 8, lejos de ser ajenas a nuestra percepción ordinaria, se basan tanto en ideales comunes y fundamentales acerca de la privacidad como en la experiencia diaria.

En este caso en particular, la Corte sostuvo que, cuando se considera todo el contexto, no cabe duda de que las circunstancias de las estudiantes dan lugar a la expectativa razonable de no ser filmadas del modo en que lo hizo el acusado. El objeto de los videos eran las adolescentes dentro de la escuela. El hecho de que fueran filmadas por su profesor constituye una violación del vínculo de confianza esperado

entre docentes y alumnos y, además, una infracción de la política escolar que prohibía filmaciones de este tipo. Es significativo que los videos hicieran foco sobre los cuerpos de las estudiantes, puntualmente sobre su pecho. Al grabarlos, el acusado actuó en contra de la privacidad que es razonable esperar en circunstancias semejantes.

Los jueces Brown y Rowe, por su voto, consideraron que las estudiantes se encontraban, efectivamente, en circunstancias que daban lugar a una expectativa razonable de privacidad en términos del art. 167 del Código Penal.

No obstante, entendieron que la interpretación del art. 162.1 no debe basarse en la jurisprudencia relativa al art. 8 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Primero, el marco conceptual adecuado para definir los derechos incluidos en la Carta debe distinguirse del que se utiliza para definir el alcance de los delitos del Código Penal. El hecho de interpretar el texto del art. 162.1 sobre la base de la jurisprudencia relativa al art. 8 podría poner al Poder Judicial en la situación de tener que crear nuevos delitos comunes, cuando estos fueron abolidos por el art. 9.a del Código Penal. Si bien la jurisprudencia relativa al art. 8 de la Carta ha ido evolucionando, el significado del art. 162.1 está destinado a permanecer fijo desde el momento en que fue promulgado.

En segundo lugar, consideraron que el propósito y la función del art. 8 entran en conflicto con el art. 162.1. El desequilibrio de poder entre la policía, en tanto agente del Estado, y el ciudadano, que constituye la preocupación fundamental del art. 8, no está expresado en el art. 162.1, en razón de que su objetivo es proteger al individuo cuando la invasión de su privacidad es perpetrada por otro.

Tercero, los intereses protegidos por art. 8 de la Carta incluyen la privacidad personal, la privacidad territorial y la privacidad de información, mientras que la expectativa razonable de privacidad incluida en el art. 162.1 solamente se relaciona con la protección de la propia imagen física. Finalmente, los valores de la Carta pueden constituir una ayuda interpretativa legítima solo en casos de ambigüedad y, en esta causa en particular, el art. 162 no resulta ambiguo.

No debe abordarse un análisis demasiado amplio para decidir sobre la expectativa razonable de privacidad en el marco del art. 162.1. El delito de voyerismo ha sido configurado por el derecho penal para proteger el interés de privacidad, autonomía e integridad sexual a la luz de las amenazas de las nuevas tecnologías. Dado que el voyerismo es un delito sexual, la expectativa razonable de privacidad en el marco del art. 162 debe ser interpretada a la luz de los daños contemplados por las disposiciones de la Parte V del Código Penal, que tipifica cada uno de los diferentes delitos sexuales. En el marco del delito de voyerismo, “privacidad” debe ser interpretado en relación con la autonomía personal y la integridad sexual.

En términos del art. 162, el interés de privacidad y la integridad sexual de un individuo solamente pueden ser infringidos si la filmación u observación provocan que el individuo pierda el control de su propia imagen. El análisis conjunto de estos intereses concuerda con lo que el Parlamento pretendía proteger al configurar el delito. La capacidad de ejercer control sobre el tipo de información visual que un individuo desea compartir y con quién desea hacerlo es un aspecto de la privacidad que guarda relación con la autonomía personal. Cuando el hecho se vincula con

una filmación u observación oculta y que, por lo tanto, indica una circunstancia en la que puede surgir una expectativa razonable de privacidad, cada uno de los intereses resulta claramente definido. La filmación y observación oculta eliminan indebidamente la capacidad del individuo de ejercer control sobre el modo en que es observado. Y, por otra parte, dado que la filmación es permanente, agrava la violación a la autonomía individual al permitir un acceso ilimitado a las imágenes.

Si la filmación u observación es de naturaleza sexual al punto que infringe la integridad sexual del sujeto, es una decisión que debe ser tomada sobre la base de estándares objetivos y de cada una de las circunstancias. Aun si la intención del autor puede ser relevante, no determina la decisión. La investigación del propósito sexual, tal como está indicada en el párrafo c. del art. 162, es diferente del análisis relativo a la violación de la integridad sexual en las decisiones que atañen a la expectativa razonable de privacidad. Una observación o filmación tiene un propósito sexual cuando el sujeto observado o filmado es percibido como motivo de estímulo sexual para el voyerista. Incluir el elemento de la gratificación sexual en el análisis del “propósito sexual” concuerda con la interpretación que se da a esa misma expresión en otros artículos del Código Penal.

Los jueces consideraron que, en este caso, las estudiantes tenían una expectativa razonable de privacidad respecto del modo en que sería observado su cuerpo en las aulas y pasillos de su escuela. La tecnología usada le permitió al acusado grabar largos videos que hacían foco sobre el pecho de las alumnas con una proximidad y desde ángulos que traspasaban el acceso consentido por ellas en una circunstancia semejante, de modo que se trata de una violación de su autonomía. Las grabaciones eran objetivamente de naturaleza sexual y, aunque no se trate de un elemento determinante, tenían un propósito sexual. La combinación de estos factores permite concluir que, dado que la filmación hace foco en el pecho de las estudiantes, el acusado infringió su integridad sexual.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, sentencia *R. v. Jarvis* (2019 SCC 10), del 14-2-2019, en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/17515/index.do>.



Derecho a la libertad de expresión. Derecho a la libertad de prensa. Interés público. Seguridad nacional. Terrorismo. Derecho a la libertad personal. Derecho a la seguridad personal. Principio de legalidad. Principio de proporcionalidad. (Turquía).

Antecedentes del caso: algunos camiones del servicio secreto turco que transportaban armas fueron detenidos por la gendarmería el 19 de enero de 2014 en Adana (al sur del país, cerca de la frontera con Siria). En su edición del 21

de enero de ese año, el periódico nacionalista *Aydinlik*, que es seguido por un grupo extremista relativamente pequeño, publicó un artículo y una fotografía sobre lo ocurrido. Los incidentes vinculados con la detención e inspección de los vehículos y el destino de su cargamento fueron un tema de debate público durante un largo período.

Dieciséis meses después, y tan solo diez días antes de las elecciones generales del 7 de junio de 2015, Can Dündar —director general del periódico *Cumhuriyet*, cercano al partido opositor CHP— publicó fotos e información vinculadas a las armas y municiones encontradas en los camiones. Ese mismo día, la Oficina del Fiscal Principal anunció a la prensa que se había iniciado una acción contra el periodista por haber proporcionado documentos vinculados a la seguridad estatal, realizado espionaje político y militar y publicado ilegalmente información confidencial y propaganda de una organización terrorista. El 1.º de junio, el presidente Erdoğan, en un programa televisivo del canal estatal, dijo: “Se lo ordené a mi abogado. La persona que hizo este informe especial, yo creo, va a pagar un precio alto por eso”. El 12 de junio, Erdem Gül publicó otros artículos periodísticos sobre el incidente en el mismo periódico.

En la elección general ningún partido logró la mayoría en el parlamento y las negociaciones para formar una coalición fracasaron. Una nueva elección fue organizada el 1.º de noviembre y el Partido de la Justicia y el Desarrollo (AKP), que estaba en el poder desde 2002, obtuvo más de la mitad de las bancas del Congreso. Luego de la formación del gobierno y aproximadamente seis meses después del anuncio a la prensa del fiscal, Cand Dündar y Ermer Gül fueron detenidos por haber apoyado de modo deliberado los objetivos de la organización armada terrorista FETÖ/PDY. Los periodistas alegaron que su arresto era infundado, que estaba basado solamente en las noticias que habían publicado y que la única prueba presentada en su contra eran los artículos. Por lo tanto, adujeron que habían sido ilegalmente privados de su libertad y que se habían violado sus derechos a la libertad y seguridad y a la libertad de expresión y de prensa.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Turquía resolvió que los derechos de los periodistas habían sido violados y ordenó su liberación.

Aproximadamente dieciséis meses antes de la publicación aportada como prueba, otro periódico había divulgado noticias y fotos similares. En los fundamentos de la orden de detención, no se especificaba si la publicación posterior de artículos similares por parte de los accionantes seguía constituyendo una amenaza a la seguridad nacional. Las circunstancias del caso y los fundamentos de la orden de detención no explicaban en forma adecuada las razones de la medida contra los periodistas.

El Tribunal recordó el caso *Nedim Şener c. Turquía*, resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, y destacó que el único fundamento de la denuncia penal contra los accionantes era la publicación de los artículos. Concluyó que una medida tan severa como la detención no satisfacía los criterios de legalidad y no podía ser considerada proporcional y necesaria en una sociedad democrática.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE TURQUÍA, sentencia del 25-2-2016, reseña del fallo por KÖYBAŞI, Serkan, en ALBERT, Richard, LANDAU, David, FARAGUNA, Pietro y DRUGDA, Simon (eds.), *2016 Global Review of Constitutional Law* [en línea]. New York - Boston: I-CONnect - Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2017, pgs. 219-220, en <http://www.bc.edu/content/dam/files/centers/clough/constitutional-law/Reviewof-ConLaw-final.pdf>. ISBN: 978-0-692-92516-4.



Derecho a la libertad de expresión. Límites. Injerencia del Estado en el contenido del discurso. Interés general del Estado. Derecho a la información. Derecho a la salud. Aborto. Libertad reproductiva. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: la Ley de Libertad Reproductiva, Responsabilidad, Cuidado Integral y Transparencia del estado de California (FACT, por sus siglas en inglés) fue sancionada para regular los centros de atención de embarazos en situación de crisis —centros provida que prestan servicios relacionados con el embarazo—. Esa ley exige que las clínicas que atienden a mujeres embarazadas les proporcionen cierta información. Los centros habilitados deben notificar a las mujeres que el estado de California brinda servicios gratuitos o de bajo costo, incluido el aborto, y darles un número telefónico al que puedan comunicarse. El propósito de la norma es que los residentes de California conozcan sus derechos y qué servicios médicos tienen a su disposición. Por otra parte, las clínicas no habilitadas deben informar a las mujeres que carecen de autorización estadual para prestar servicios médicos. El objetivo, en este caso, es garantizar que las mujeres embarazadas sepan si reciben atención médica de profesionales habilitados.

Dos centros de atención de embarazos en situación de crisis —uno habilitado y otro no— y una organización de centros de atención de embarazos en situación de crisis presentaron una demanda. Denunciaron que ambos tipos de notificaciones restringen la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

El Tribunal Federal de Distrito rechazó la concesión de la medida cautelar. Sostuvo que los demandantes no podían demostrar una probabilidad de éxito en cuanto al fondo del asunto. Resolvió que las notificaciones relativas a la habilitación superaban el nivel menos riguroso de control de constitucionalidad aplicable a las regulaciones del “discurso profesional”, y que las relativas a la carencia de habilitación cumplían con cualquier estándar de revisión. El Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito confirmó la decisión.

Los actores interpusieron un *writ of certiorari*, que consiste en una presentación directa a la Suprema Corte de los Estados Unidos para que requiera a un tribunal inferior el envío de una causa y examine si se violó algún derecho en el procedimiento o en la sentencia.

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia.

1. La notificación relativa a la habilitación probablemente viole la Primera Enmienda.

Las leyes basadas en contenidos, cuyo objetivo es el contenido comunicacional del discurso, son, en principio, inconstitucionales y solo pueden justificarse si el Gobierno demuestra que fueron elaboradas para satisfacer intereses estatales apremiantes (v. *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. —2015—). La notificación relativa a la habilitación es una regulación basada en el contenido ya que, como exige que los demandantes transmitan un mensaje determinado, altera el contenido de su discurso (v. *Riley v. Federation of Blind of N. C., Inc.*, 487 U.S. 781, p. 795 —1988—). Por ejemplo, uno de los servicios financiados por el estado que la ley exige que los actores comuniquen es el aborto, precisamente una práctica a la que los centros de salud se oponen.

A pesar de que la notificación relativa a la habilitación está basada en el contenido, el Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito no aplicó un escrutinio estricto porque concluyó que la notificación regula el discurso profesional. Sin embargo, la Suprema Corte nunca reconoció el discurso profesional como una categoría separada de discurso, con reglas diferentes. Además, un discurso no carece de protección simplemente por ser enunciado por profesionales. La Suprema Corte acordó menor protección al discurso profesional en dos circunstancias: cuando una ley requiere que los profesionales transmitan información objetiva y no controversial en su “discurso comercial” (v. *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626, p. 651 —1985—) y cuando los estados regulan la conducta profesional que pueda involucrar el discurso (v. *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S. 447, p. 456 —1978—). Ninguna de estas dos líneas de precedentes se relaciona con este caso.

A diferencia de la regla de *Zauderer*, la notificación relativa a la habilitación no solo debe contener información puramente fáctica o no controversial sobre los términos bajo los cuales los servicios están disponibles. La notificación de California requiere que las clínicas transmitan información sobre los servicios financiados por el estado, como el aborto, que difícilmente pueda ser considerado un tema no controversial. En consecuencia, *Zauderer* no resulta aplicable en este caso.

La notificación relativa a la habilitación tampoco es una regulación de la conducta profesional que incluya incidentalmente al discurso. Los precedentes de la Suprema Corte trazaron, desde hace tiempo, una línea divisoria entre el discurso y la conducta. En *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (505 U.S. 833 —1992—), por ejemplo, la mayoría rechazó una denuncia de que una ley de consentimiento informado, que exigía a los médicos brindar cierta información a una mujer como parte del trámite de consentimiento para practicarse un aborto, violaba la libertad de expresión. No obstante, la notificación relativa a la habilitación no es ni un requisito de consentimiento informado ni ninguna otra regulación de la conducta profesional. Se aplica a todas las interacciones entre un centro con determinados servicios y sus clientes, con independencia de si alguna vez se busca, se ofrece o se realiza un tratamiento médico. Y muchos otros centros que proporcionan los mismos servicios no están sujetos a este requisito.

Fuera de estos dos contextos, los precedentes de la Suprema Corte protegieron desde hace tiempo los derechos de los profesionales que garantiza la Primera Enmienda. La Suprema Corte aplicó un escrutinio estricto al control de constitucionalidad de las leyes basadas en el contenido que regulan el discurso no comercial de los abogados (v. *Reed*), los recaudadores profesionales de fondos (v. *Riley*, p. 798) y las organizaciones que brindan asesoramiento especializado en derecho internacional (v. *Holder v. Humanitarian Proyecto de ley*, 561 U.S. 1, p. 27/28 —2010—). Además, subrayó el peligro que generan las regulaciones basadas en el contenido en el área de la medicina y de la salud pública, donde la información puede salvar vidas (v. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552, p. 566 —2011—). Estos riesgos también existen en el ámbito del discurso profesional, en el que la regulación basada en el contenido genera el mismo riesgo de que el Gobierno no esté promoviendo un interés legítimo, sino que pretenda impedir la difusión de ideas o información que no le son favorables (v. *Turner Broadcasting Systems, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, p. 641 —1994—). Cuando el Gobierno controla el contenido del discurso profesional, puede no preservar un mercado abierto de ideas en el que la verdad va a prevalecer finalmente (v. *McCullen v. Coakley* —2014—). El discurso profesional es también una categoría difícil de definir con precisión (v. *Brown v. Entertainment Merchants Assn.*, 564 U.S. 786, p. 791 —2011—). Si los estados pudieran elegir la protección que reciba el discurso simplemente con la exigencia de una habilitación, tendrían una poderosa herramienta para discriminar de manera injusta a los sujetos desfavorecidos (v. *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, p. 423, n. 19 —1993—).

A pesar de que ni el estado de California ni Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito aportaron razones convincentes para aplicar reglas diferentes al discurso profesional, la Suprema Corte no descartó la posibilidad de que exista algún fundamento de este tipo, ya que la notificación relativa a la habilitación no puede sobrevivir ni siquiera a un escrutinio intermedio de control de constitucionalidad. Aun cuando el interés de California en brindar a las mujeres de bajos ingresos información sobre el servicio público sea legítimo, la notificación relativa a la habilitación no cumple su objetivo. La notificación es muy poco inclusiva (v. *Entertainment Merchants Assn.*, p. 802), porque solo se aplica a las clínicas que tienen el propósito principal de prestar servicios de planificación familiar o relacionados con el embarazo. De este modo, excluye a otros tipos de centros que también atienden a mujeres de bajos ingresos y que podrían proporcionarles la información. California también podría informar sobre sus servicios a través de una campaña de información pública y no obligar, al que transmite esa información, a decir lo que no desea (*Riley*, p. 800). Por lo tanto, es probable que los demandantes tengan éxito en relación con el fondo de su planteo.

2. La notificación relativa a la carencia de habilitación impone una carga indebida al discurso protegido. No es necesario decidir si el estándar de *Zauderer* se aplica en este caso, ya que, incluso en términos de *Zauderer*, un requisito de divulgación no puede ser injustificado o indebidamente oneroso (p. 651). La transmisión de información debe reparar un daño “potencialmente real y no solo hipotético” (v. *Ibanez v. Florida Dept. of Business and Professional Regulation, Bd. of Accountancy*, 512 U.S. 136, p. 146 —1994—) y no se puede extender más allá

de lo estrictamente necesario (In re R. M. J., 455 U.S. 191, p. 203 —1982—). California solo aportó razones hipotéticas para justificar la notificación relativa a la carencia de habilitación. El único objetivo de la legislatura estadual era garantizar que las mujeres embarazadas supieran si reciben atención médica de profesionales habilitados, pero California negó que el fundamento de la ley sea que las mujeres no saben a qué tipo de clínica ingresan cuando concurren a un centro de atención de embarazos en situación de crisis. Incluso si el estado hubiera presentado una justificación que no fuera hipotética, la ley FACT habría impuesto una carga excesiva a la libertad de expresión, ya que exige divulgar información establecida por el Gobierno y totalmente desvinculada del interés informativo del estado. Además, esa norma requiere que los centros realicen la notificación aunque se contradiga con el mensaje que difunden en el lugar o en sus publicidades. Por otro lado, alcanza a una subcategoría de instituciones curiosamente limitada: las que prestan servicios vinculados con el embarazo, pero no las que proveen, por ejemplo, un control de natalidad sin prescripción médica. Las leyes dirigidas a un sector específico generan el riesgo de que el Estado deje desprotegidos a quienes transmiten mensajes que no coinciden con sus puntos de vista (Sorrell, p. 580). Por estas razones, aun cuando la ley resulte aplicable, la notificación relativa a la carencia de habilitación no satisface el estándar de Zauderer.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *National Institute of Family and Life Advocates, DBA NIFLA, et al. v. Becerra, Attorney General of California, et al.*, sentencia del 26-6-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1140_5368.pdf.



Derecho a la libertad de expresión. Seguridad jurídica. Libertad de asociación. Principios de igualdad y de no discriminación. (Bélgica).

Antecedentes del caso: Radio Activity y otras asociaciones sin fines de lucro solicitaron, a la Corte Constitucional de Bélgica, la anulación de los arts. 9, 18 y 27 del decreto de la Comunidad Flamenca del 23 de diciembre de 2016, que modificaban disposiciones del decreto del 27 de marzo de 2009 que regulaba la radiodifusión.

Alegaron la violación de los principios de seguridad jurídica, previsión, razonabilidad y motivación. Argumentaron que las disposiciones objetadas prohibían a los radiodifusores locales asociarse, pese a que los regionales y nacionales podían continuar cooperando entre sí. De este modo, gran cantidad de emprendimientos cesarían abruptamente con sus actividades, porque las radiodifusoras locales, obligadas por el art. 9 a disolver sus asociaciones, ya no resultarían viables económicamente. Sostuvieron que no había razones para permitir a los radiodifusores nacionales y regionales cooperar y obtener extensiones automáticas de la licencia de difusión,

pero restringir la colaboración entre radiodifusores locales. Además, destacaron que la aplicación de las normas atacadas provocaría la pérdida de las inversiones realizadas en las asociaciones. Por otro lado, la prohibición de difundir programas idénticos y la imposibilidad de establecer vínculos directos o indirectos con otros radiodifusores locales afectarían su libertad de asociación en tanto empresas privadas.

Además, indicaron que las disposiciones cuestionadas extendían por 4 años las licencias de los radiodifusores nacionales y regionales, pero no prolongaban automáticamente las de los locales. Argumentaron también que todos los radiodifusores comerciales estaban en la misma condición, con independencia de su área de competencia, y que, en consecuencia, debían recibir un trato igualitario. Agregaron que los artículos garantizaban la seguridad jurídica por un período de 4 años a una categoría determinada de radiodifusores, pero la denegaban sin justificación a otro grupo.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica consideró que la pretensión de los accionantes no estaba fundada y rechazó el recurso.

El art. 9 no prohíbe a los radiodifusores locales formar asociaciones nuevas o continuar con las ya existentes. Solo les impide emitir programas radiofónicos idénticos a los que difunden otros radiodifusores nacionales, regionales o locales de la Comunidad Flamenca o del resto del país y aplicar una política de programación uniforme. Por eso, esta norma no limita la libertad de asociación. Además, las disposiciones objetadas del artículo se aplican a todos los radiodifusores, con independencia de su área de competencia, por lo que no imponen una diferencia de trato.

Si bien el art. 18 prohíbe establecer vínculos directos o indirectos entre radiodifusores locales, los principios de igualdad y no discriminación incluyen la posibilidad de acordar una diferencia de trato fundada en un criterio objetivo. Hay que destacar que las asociaciones de radiodifusores locales están habilitadas para conformar una nueva categoría de cooperación, denominada radiodifusores en red. Por otro lado, contaron con tiempo suficiente para prepararse y adaptarse a la modificación de la normativa y participar en los nuevos procesos de concesión de licencias de difusión y de otorgamiento de frecuencias.

Por último, el art. 27 extiende por 4 años las licencias de los radiodifusores nacionales y regionales, pero no prolonga automáticamente las de los locales. Esa diferencia se debe a la necesidad de hacer una transición progresiva de las emisiones analógicas en FM a las emisiones numéricas a través de la técnica DAB+. Mientras los radiodifusores nacionales y regionales están obligados a transmitir tanto en forma analógica como numérica, los locales pueden emitir con la técnica que prefieran o con ambas. Esta diferencia de trato se justifica por la inevitable implementación de un período de transición y por las distintas exigencias impuestas a cada grupo.

El legislador estimó que el beneficio de la prolongación automática de la autorización de licencias de difusión debía limitarse a los radiodifusores que contribuyeran a realizar la transición numérica, que serían los únicos obligados a

soportar los costos y riesgos del período. Esta decisión se fundó en estudios que señalan que la participación en el mercado y la influencia de los radiodifusores nacionales y regionales eran tan relevantes que su intervención en el período de transición resultaba necesaria, mientras que la participación y la influencia de los radiodifusores locales eran poco significativas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 151/2017 del 21-12-2017, en <http://www.const-court.be/public/f/2017/2017-151f.pdf>.



Derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho a ser informado de los motivos de la detención. Derecho a un pronunciamiento en breve plazo sobre la legalidad de la detención. Derecho a la reparación. Derecho a un proceso equitativo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: N es un ciudadano rumano que actualmente está detenido en un hospital psiquiátrico de su país.

En 2001, el Departamento de Investigación Criminal rumano inició acciones legales contra N. Fue imputado de incesto y corrupción de sus dos hijas menores, por haber mantenido relaciones sexuales con su hija mayor y haber forzado a sus hijas a estar presentes mientras tenía relaciones con su mujer. La fiscalía ordenó su detención preventiva. Se alegó que N constituía una seria amenaza a la sociedad y que probablemente volviera a cometer actos antisociales. Fue internado en el Hospital Psiquiátrico de Bucarest. Entretanto, se inició una investigación preliminar por la supuesta violación de su mujer.

En 2002, la fiscalía ordenó el cierre del proceso penal relativo a la acusación de incesto, dado que la hija mayor de N no había confirmado que hubiera tenido relaciones sexuales con su padre. Por otra parte, el fiscal concluyó que N había forzado a sus hijas a estar presentes mientras mantenía relaciones con su mujer, pero decidió suspender la investigación relativa a la corrupción de menores al constatar que N no era consciente de sus alteraciones psicológicas. Por último, declaró inadmisibles el proceso respecto de la imputación de violación, dado que la mujer no había interpuesto ningún reclamo.

Ese mismo año, el Tribunal de Distrito de Bucarest confirmó la orden de detención, pero N no se presentó a la audiencia ni tampoco a través de un abogado.

En 2008, N interpuso una apelación que fue rechazada por resultar extemporánea. Sus posteriores apelaciones fueron también rechazadas.

Después de 2007 se incorporó al Código Procesal Penal una revisión periódica automática de las órdenes de detención. Entre ese año y 2017, la detención de N

fue revisada en múltiples ocasiones. En cada revisión se realizaron evaluaciones psiquiátricas que concluyeron que N padecía esquizofrenia paranoide.

En 2016, el tribunal nacional sostuvo que, en principio, debía suspenderse la detención en un hospital psiquiátrico; sin embargo, N permaneció allí.

En 2017, el tribunal ordenó que la detención de N fuera reemplazada por un tratamiento obligatorio hasta que el paciente estuviera recuperado. Pero los intentos por conseguir que saliera del hospital no prosperaron. N fue transferido al área de pacientes con enfermedades crónicas de la misma institución.

N, entonces, invocó la violación de los derechos consagrados en el art. 5, párrs. 1, 2, 4 y 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la libertad y seguridad; derecho a ser informado de los motivos de la detención; derecho a un pronunciamiento en breve plazo sobre la legalidad de la detención; derecho a la reparación), y alegó que su detención y el proceso de revisión periódica habían sido ilegales, que no había sido informado de los motivos de su detención y que no había obtenido compensación por haber sido privado ilegítimamente de su libertad. Además, sobre la base del art. 6, párr. 1 (derecho a un proceso equitativo), impugnó los procesos penales instruidos en su contra. Por último, con fundamento en el art. 46 (fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias), solicitó a la Corte Europea de Derechos Humanos que ordenara al Estado rumano su liberación y que, en consideración del tiempo que había durado su detención, lo preparara para sobrellevar la transición de la vida institucional a la vida en comunidad.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró la violación del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en sus párrs. 1 y 4.

Desestimó el recurso relativo a la detención ordenada el 22 de abril de 2002 por superar el límite de seis meses (se tomó el 11 de septiembre de 2007 como punto de partida de la primera revisión de la detención).

La detención posterior al 11 de septiembre constituyó una violación del derecho interno (art. 114 del antiguo Código Penal y 110 del vigente) que dispone que una detención psiquiátrica solamente puede ser ordenada cuando la persona representa un peligro para la sociedad.

1. El tribunal nacional no logró demostrar que N representara un peligro para sí mismo ni para otros por su condición psiquiátrica ni por cualquier otro motivo. Su decisión estuvo basada en una mera referencia a las imputaciones penales instruidas contra N por parte de la fiscalía (incesto y corrupción de menores), y a las conclusiones del informe médico de 2007, cuyo eje principal había sido el diagnóstico de esquizofrenia paranoide. Si bien la acusación de incesto había sido rechazada por el fiscal, y la de corrupción de menores había dado lugar a conclusiones que resultaron inadmisibles, el tribunal nacional fundó la decisión en los resultados del informe médico forense que recomendaba continuar la detención, un criterio que el mismo tribunal había desestimado en muchas oportunidades. Por otra parte, ni el tribunal nacional ni las autoridades médicas informaron actos de violencia de N durante su detención.

Las siguientes revisiones del tribunal no dejaron en claro si N constituía efectivamente un peligro potencial, y las apelaciones del paciente tampoco esclarecieron la cuestión. Por otra parte, ni las autoridades médicas ni el Tribunal examinaron la posibilidad de aplicar medidas alternativas.

2. Por todo esto, la Corte sostuvo que, al menos desde 2007, la detención de N. carece de fundamento jurídico.

La detención de N, que continuó después del juicio del tribunal nacional del día 29 de agosto de 2010, fue arbitraria. La sentencia subrayaba la necesidad de poner fin a su detención en el hospital psiquiátrico. Sin embargo, el paciente permaneció allí de manera preventiva, a la espera de que se le aplicaran medidas acordes a sus necesidades. La sentencia no proveyó fundamento jurídico alguno para ordenar que N continuara su detención en un hospital psiquiátrico.

Luego de la decisión final del 21 de febrero de 2017, que ordenó que N fuera liberado de su detención hospitalaria, ni las autoridades nacionales ni el Gobierno hicieron referencia al proceso necesario para que el paciente tuviera cubiertas sus necesidades antes de ser liberado o trasladado a otro centro más adecuado a su situación. Tampoco se mencionó la posibilidad de una liberación gradual o condicional.

La Corte consideró que la implementación de las medidas mencionadas provocó otros problemas vinculados con el art. 5 CEDH, párr. 1. A pesar de que las decisiones estuvieron basadas en prácticas usuales a nivel internacional que tienden a promover el tratamiento y cuidado de personas con discapacidad dentro de una comunidad, en la práctica, N no había sido puesto en libertad. En cualquier caso, la Corte consideró que no surge que hubiera habido una evaluación rigurosa de las necesidades específicas de N ni de las medidas de asistencia social pertinentes. Además, los esfuerzos hechos por las autoridades nacionales resultaron infructuosos ante la inexistencia de instituciones adecuadas. La situación refleja la realidad contemporánea de Rumania.

Por ello, hubo una violación del art. 5 CEDH, párr.1, ya que la detención de N continuó luego de 2007 y se extendió más allá del 29 de agosto de 2016.

3. En cuanto al proceso de revisión judicial de la detención que continuó después del 11 de septiembre de 2007, la Corte consideró que no se brindó suficiente protección a N.

En primer lugar, debido a los intervalos en que los tribunales nacionales evaluaron la necesidad de continuar la detención, no se satisfizo el requisito de pronunciamiento en un plazo breve: 15 meses (desde febrero de 2015 a mayo de 2016), 16 meses (desde octubre de 2008 a febrero de 2010) y tres años y ocho meses (desde abril de 2010 a diciembre de 2013).

Además, la Corte expresó su preocupación respecto de la práctica del examen retrospectivo que decide continuar una detención sobre la base de información médica obtenida con mucha antelación (por ejemplo, más de uno, dos o tres años), y que no necesariamente refleja la condición del paciente detenido en el momento de la sentencia. Una diferencia temporal semejante entre el examen médico forense

y la decisión contraría el principio que subyace al art. 5, a saber, la protección de las personas frente a la arbitrariedad de cualquier medida que los prive de la libertad. Por otra parte, los tribunales no cumplieron las normas procesales relativas a la revisión obligatoria de los fundamentos de la detención, como se exige en la legislación nacional, por no respetar el límite de seis o doce meses (desde el 1.º de febrero de 2014) establecido en el Código Procesal Penal.

Por último, en la medida que las demoras podían ser explicadas por la necesidad de obtener los informes médicos requeridos, no se inquirió respecto del progreso del trabajo de los expertos ni se ejerció la opción de multarlos si no cumplieran con la exigencia de presentar un informe.

4. Además, la Corte observó que N no obtuvo asistencia legal efectiva durante el proceso de revisión de su detención. Los abogados que le fueron asignados oficialmente argumentaron a favor de continuar su detención o dejaron la cuestión a discreción de los tribunales. N fue patrocinado por un abogado diferente en cada serie de procesos y no tuvo oportunidad de hablar con ellos antes de las audiencias.

Por ello, la Corte estimó que ha habido una violación del art. 5 CEDH, párr. 4.

5. En cuanto al art. 46 CEDH (fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias), la Corte sostuvo que, con el fin de reparar el daño a los derechos de N, las autoridades deben implementar sin demoras la sentencia definitiva del tribunal nacional, del 21 de febrero de 2017, y ordenar su liberación en condiciones adecuadas a sus necesidades.

En opinión de la Corte, las deficiencias identificadas en el caso probablemente puedan dar lugar a nuevas solicitudes manifiestamente fundadas. En este sentido, el Estado rumano debe prever medidas generales que aseguren que las detenciones en hospitales psiquiátricos sean legítimas, fundadas y no arbitrarias. Además, toda persona detenida en instituciones de ese tipo debe tener el derecho a iniciar acciones legales para garantizar la rapidez del pronunciamiento relativo a legalidad de su detención.

6. La Corte desestimó los recursos fundados los arts. 5 (párr. 2 y) y 6 CEDH.

7. Rumania deberá pagar a N €30 000 en concepto de daños no pecuniarios y €8060 por costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *N. v. Romania*, sentencia del 28-11-2017, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-179207%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-179207%22]).



Derecho a la Salud. Derecho a la Educación. Derecho a la reagrupación familiar. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Discriminación racial. Discriminación en el goce de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales. Medidas provisionales. (Corte Internacional de Justicia).

Antecedentes del caso: Qatar promovió una demanda contra los Emiratos Árabes Unidos (EAU) ante la Corte Internacional de Justicia y alegó que en junio de 2017 ese país había dictado y aplicado una serie de medidas discriminatorias contra los ciudadanos qataríes expulsados del territorio de los EAU con la prohibición de reingresar. Afirmó que las medidas habían vulnerado los siguientes artículos de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, Convención): art. 2 (condena de la discriminación racial), art. 4 (prohibición de la incitación a la discriminación racial), art. 5 (prohibición de discriminación en el goce de algunos derechos civiles, económicos, sociales y culturales), art. 6 (protección y recursos efectivos contra cualquier acto de discriminación racial) y 7 (adopción de medidas para combatir la discriminación racial).

En particular, Qatar sostuvo que, en los EAU, las familias mixtas de emiratíes y qataríes habían sido desmembradas, que había sido suspendida la asistencia médica a los qataríes (incluida la de quienes estaban bajo tratamiento), que los estudiantes qataríes no podían completar sus estudios en los EAU ni continuarlos en el exterior, dado que las universidades se habían negado a entregarles los certificados académicos, y, además, que los qataríes no habían recibido un trato equitativo ante los tribunales y demás órganos judiciales. Qatar solicitó a la Corte la adopción de medidas provisionales.

Por su parte, los EAU negaron haber vulnerado los derechos en cuestión.

Sentencia: por ocho votos contra siete, la Corte Internacional de Justicia adoptó las siguientes medidas provisionales: los Estados Árabes Unidos deben garantizar que las familias que incluyen a un ciudadano qatarí y que hayan sido separadas vuelvan a reunirse; que los estudiantes qataríes afectados tengan la oportunidad de completar sus estudios en los EAU o de obtener sus certificados académicos si desean continuar sus estudios en otro lugar, y que se autorice a los ciudadanos qataríes afectados por las medidas a acceder a los tribunales y otros órganos judiciales del país.

Por once votos contra cuatro, declaró que ambas partes deben abstenerse de cualquier acción que pueda agravar o ampliar el litigio o dificultar su resolución.

Respecto de las pruebas aportadas por las partes, dedujo que las medidas de los EAU parecen dirigidas solamente a los ciudadanos qataríes, independientemente de sus circunstancias personales, y no a otros extranjeros residentes en ese país. En consecuencia, algunos de los actos denunciados por Qatar pueden constituir actos de discriminación racial en términos de la Convención en relación con, por ejemplo, el goce de derechos al matrimonio y a la elección del cónyuge, a la educación, a la libertad de circulación y al acceso a la Justicia.

Las medidas solicitadas por Qatar no solo buscan poner fin a las expulsiones colectivas de ciudadanos qataríes del territorio de los EAU, sino también la protección de otros derechos específicos incluidos en el art. 5 de la Convención.

La Corte tiene la facultad de adoptar medidas provisionales ante la presencia de perjuicios irreparables. Un perjuicio puede considerarse irreparable cuando las personas son objeto de una separación temporaria o potencial de sus familias y sufren trastornos psicológicos; cuando los estudiantes no son examinados por verse forzados a ausentarse o a continuar sus estudios en el extranjero, o cuando las personas están impedidas de comparecer ante los tribunales o de impugnar cualquier medida discriminatoria.

Ahora bien, los EAU afirmaron que, con posterioridad a lo establecido en junio de 2017 por el ministro de Relaciones Exteriores, no se han dictado órdenes de expulsión de ciudadanos qataríes. Sin embargo, como consecuencia de las medidas, los ciudadanos qataríes se sintieron compelidos a abandonar los EAU, lo que afectó los derechos en cuestión. Además, oficialmente, los EAU no han avanzado en el sentido de rescindir las medidas de junio de 2017, por lo que la situación no ha cambiado. Por ello, existe un riesgo inminente de que las medidas adoptadas por los EAU perjudiquen de manera irreparable los derechos invocados por Qatar.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Qatar v. United Arab Emirates*, sentencia del 23-7-2018, en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/172/172-20190614-ORD-01-00-EN.pdf>.



Derecho a la salud. Derecho al respeto a la integridad física y moral. Prisión preventiva de mujeres embarazadas. Hábeas corpus colectivo. Prohibición de penas crueles. Individualización de la pena. Menores. Derecho a la protección integral. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Colectivo de Abogados por los Derechos Humanos presentó un hábeas corpus colectivo. Sostuvo que la imposición de prisión preventiva a mujeres embarazadas en establecimientos penitenciarios precarios les impide acceder a programas de salud prenatal y a una asistencia regular en la gestación y el posparto, y priva a los niños de condiciones adecuadas para su desarrollo. Aseguró que, de este modo, se favorece un tratamiento inhumano, cruel y degradante, que viola los postulados constitucionales vinculados a la individualización de la pena, la prohibición de penas crueles y el respeto a la integridad física y moral de la detenida.

La asociación también argumentó que su hábeas corpus colectivo era un instrumento idóneo para hacer frente a la violencia colectivizada. Agregó que la situación denunciada constituye el caso más emblemático de violencia penitenciaria con violación de los derechos humanos.

Sentencia: la Sala Segunda del Tribunal Supremo Federal de Brasil concedió, por mayoría, el hábeas corpus colectivo y sustituyó la prisión preventiva por la domiciliaria en el caso de mujeres embarazadas, a cargo de personas con deficiencia o madres de niños de hasta 12 años, en todo el territorio nacional. Esta resolución no excluye la posibilidad de aplicar las medidas alternativas previstas en el art. 319 del Código Procesal Penal. La decisión se comunicó a las presidencias de los tribunales estaduais y federales para que, en un plazo de 60 días, fuera implementada de modo integral.

En primer lugar, el Tribunal Supremo Federal aceptó el hábeas corpus colectivo con base en que constituye la única solución viable para garantizar el acceso a la justicia de grupos sociales vulnerables, ya que, en la sociedad contemporánea, muchos abusos tienen carácter colectivo. Además, este recurso apunta a proteger uno de los más preciosos bienes del ser humano, la libertad.

Del mismo modo, existe el antecedente de la Corte Suprema de Argentina que, en un caso que involucraba a detenidos en condiciones insalubres, reconoció la validez del hábeas corpus colectivo (*Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, del 3 de mayo de 2005). Algo similar ocurrió con el Superior Tribunal de Justicia brasileño, que, en un contexto de presos reclusos en contenedores, convirtió un hábeas corpus individual en uno colectivo.

En las prisiones, existe una deficiencia estructural que da lugar a que madres e hijos experimenten situaciones degradantes y carezcan de cuidados médicos. En otra sentencia (ADPF 347), el Tribunal Supremo Federal declaró inconstitucional el estado de cosas existente en el sistema carcelario brasileño. Asimismo, la Constitución Federal dispone que ninguna pena puede traspasarse a un tercero, como está ocurriendo en estos casos. Por ello, hay un incumplimiento sistemático de las normas constitucionales en relación con los derechos de las detenidas y sus niños.

Por otro lado, la situación analizada en el hábeas corpus es inconstitucional, pues no respeta el derecho de los niños a la protección. En este sentido, la Ley 13257/2016 (Estatuto de Primera Infancia) autoriza al juez a convertir la prisión preventiva en domiciliaria cuando la mujer esté embarazada o sea madre de un hijo de hasta 12 años.

Por todo ello, el Tribunal Supremo Federal sustituyó la prisión preventiva por la domiciliaria en el caso de mujeres embarazadas, a cargo de personas con deficiencia o madres de niños de hasta 12 años, excepto cuando hubieran cometido delitos mediante violencia o amenaza grave, contra sus descendientes o en situaciones excepcionalísimas, que deberán ser debidamente fundamentadas por los magistrados que denieguen el beneficio.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, HC 143641, sentencia del 20-2-2018, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>.



Derecho a la salud. Salud pública. Obligación del Estado de supervisión y fiscalización. Enfermos terminales. Separación de poderes. Derecho a la vida. (Brasil).

Antecedentes del caso: la “pastilla del cáncer” fue desarrollada por primera vez por un químico de la Universidad de San Pablo y administrada ilegalmente a pacientes. Cuando la universidad suspendió la distribución y clausuró el laboratorio, los tribunales inferiores comenzaron a dictar órdenes a la administración del centro de estudios para que entregara el medicamento a cientos de personas con cáncer terminal.

En respuesta a la presión social, el Congreso aprobó la Ley 13269/2016, que legalizaba la elaboración y administración del medicamento —que contiene fosfoetanolamina sintética, considerada una posible cura del cáncer—. La Asociación Médica Brasileña presentó una acción directa de inconstitucionalidad contra la ley ante el Tribunal Supremo Federal. Fundó su recurso en que la pastilla no había sido testeada en seres humanos y en que se ignoraba tanto si era eficaz como si provocaba efectos colaterales.

Sentencia: por mayoría, el Tribunal Supremo Federal de Brasil suspendió preventivamente la vigencia de la ley impugnada y la administración a seres humanos de la “pastilla del cáncer”. La legalización de este medicamento no testeado es incompatible con la obligación constitucional que tiene el Estado de proteger la salud de las personas.

Si bien el Estado debe proveer de medicamentos a la población, paralelamente está obligado a velar por la calidad y seguridad de los productos en circulación. Por eso, cuando el Congreso Nacional permitió la distribución de la pastilla sin un control previo de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), incumplió con el deber constitucional de tutelar la salud pública. Además, violó la separación de poderes, ya que autorizar el uso de un medicamento no corresponde al Poder Legislativo, sino a ANVISA. Como la pastilla no contaba con la aprobación de ese organismo —que es la condición para la fabricación y distribución comercial de un producto medicinal—, el Tribunal adoptó una medida cautelar.

La minoría de los jueces del Tribunal entendió que la ley es aplicable en casos específicos de pacientes terminales que carecen de otras opciones médicas eficaces. En esas circunstancias, el Congreso puede reconocer el derecho de los enfermos críticos a una mínima calidad de vida, pese a los riesgos desconocidos que deban asumir. Por otra parte, la competencia de ANVISA no es exclusiva, ya que el Congreso puede autorizar la comercialización de un medicamento en situaciones excepcionales.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 5501-MC* del 19-5-2016, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>.



Derecho a la vida privada. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Derecho de acceso a la información. Derecho a la seguridad personal. Protección de datos personales. (México).

Antecedentes del caso: María del Rosario Arce Escalante, por su propio derecho y en representación de la sociedad civil privada Asesoría Profesional en Contaduría y Administración, presentó un amparo ante la Justicia federal contra las cámaras de diputados y senadores del Congreso de la Unión, contra el presidente de los Estados Unidos Mexicanos y contra Radiomóvil Dipsa S. A. Cuestionó la discusión, aprobación, expedición y promulgación de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR), específicamente los arts. 189 y 190, y su forma de aplicación. Señaló que había sufrido la violación de los derechos consagrados en los arts. 1, 6, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPM).

El Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa —Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones— sobreeseyó a Radiomóvil Dipsa, porque consideró que no era cierto el acto atribuido a esa empresa y porque Arce Escalante no había ofrecido ninguna prueba. Por otra parte, resolvió no amparar ni proteger a las demandantes.

Las demandantes interpusieron un recurso de revisión contra la sentencia y Radiomóvil Dipsa adhirió al recurso.

El Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa —Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones— confirmó la sentencia, dispuso que la adhesión de Radiomóvil Dipsa al recurso de revisión debía dejarse sin materia y se declaró incompetente para resolver el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 189 y 190 de la LFTR, por lo que remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Las demandantes recurrieron ante la Suprema Corte de Justicia.

Sentencia: la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México confirmó la sentencia en cuanto a la materia de su competencia. Consideró que no correspondía amparar ni proteger a Arce Escalante y a la Asesoría Profesional en Contaduría y Administración en relación con el art. 190 (fracciones I y II) de la LFTR.

1. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia se declaró competente para conocer del recurso de revisión.

2. Los argumentos de las demandantes impugnaron la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la geolocalización y conservación de datos.

En ese sentido, se analizó el art. 190 (fracciones I y II), pero no el art. 189 LFTR, ya que las demandantes no presentaron argumentos para demostrar su inconstitucionalidad. En realidad, sostuvieron que la obligación de los concesionarios de telecomunicaciones de retener y conservar datos —prevista en el art. 190 (fracción II)— constituía una injerencia en la vida privada.

3. En principio, el agravio de las recurrentes en cuanto a que la jueza de primera instancia no consideró el argumento relativo a que los artículos

impugnados contravienen el principio de retroactividad (art. 14 CPM) resulta infundado. Si bien las demandantes manifestaron que la celebración de los contratos fue anterior a la entrada en vigencia de la LFTR, no precisaron cuáles fueran los derechos afectados.

4. Por otra parte, adujeron la inconstitucionalidad de las fracciones I y II del art. 190 LFTR, con base en que la localización geográfica en tiempo real de un equipo móvil, así como la retención y conservación de datos, vulneran el derecho a la vida privada.

5. Si bien el derecho a la vida privada no está expresamente reconocido en la Constitución, está tutelado en el art. 16 CPM y goza de un ámbito de protección, pues se garantiza el desarrollo de las personas en un espacio libre de toda injerencia de terceros. Solo una orden emitida por una autoridad competente, debidamente fundada y motivada, puede afectar a una persona o a su familia, su hogar, sus papeles y documentos u otras posesiones.

Además, el art. 6 (apartado A, fracción II) CPM también reconoce el derecho a la vida privada como un límite al derecho de acceso a la información, lo que revela un ámbito de protección de las personas libre de injerencias de terceros.

Con respecto al significado de “privado”, la Suprema Corte estableció que se refiere a lo que no atañe a la vida pública, al ámbito reservado frente a la acción y al conocimiento de los demás, a lo que se desea compartir con quienes uno elige, a las actividades particulares relacionadas con el hogar y la familia, así como a los actos de las personas que no son funcionarios públicos. De esa manera, el derecho a la vida privada comprende un ámbito de la existencia protegido del conocimiento e invasión de los demás, que brinda las condiciones adecuadas para que las personas desarrollen su autonomía y libertad. No hay una definición única del derecho a la vida privada, pues abarca diversos ámbitos. Varía en función del contexto cultural, de los límites que cada individuo establezca y de los aspectos de su vida que decide mantener en la intimidad.

6. Por otra parte, los avances tecnológicos también modificaron la protección de la intimidad de las personas. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (art. 16 CPM.), por ejemplo, constituye una garantía formal que protege los procesos de comunicación con independencia de su contenido. Sin embargo, ese derecho es interdependiente del derecho a la vida privada, ya que busca garantizar que las comunicaciones no sean interceptadas o intervenidas por terceros.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones también los datos que permitan reconocer, por ejemplo, la identidad de los interlocutores, el origen y destino de las llamadas telefónicas o su duración y fecha. Por lo tanto, es necesario que los datos también sean protegidos, pues, aunque no se refieran al contenido de la comunicación, ofrecen información sobre las circunstancias en que se produjo, lo que puede vulnerar la privacidad de los interlocutores y exponen su comportamiento a través de su ubicación geográfica, sus hábitos o relaciones personales, sus lugares de residencia permanente o temporal, sus desplazamientos diarios, etc.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones también se extiende a las personas morales, que cuentan con un ámbito de protección de la información vinculada con su domicilio, identidad o actividades comerciales frente a extraños.

7. El art. 190 (fracciones I y II) LFTR prevé que los concesionarios de telecomunicaciones y los autorizados deberán colaborar con las instancias de seguridad, procuración y administración de justicia en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil y conservar un registro y control de las comunicaciones que se realicen desde cualquier tipo de línea para poder identificar con precisión ciertos datos.

Las demandantes señalaron que la jueza de primera instancia no había valorado el grado de afectación de la geolocalización y el riesgo de arbitrariedad en su uso, ya que una medida que restringe el derecho a la vida privada debe estar sujeta a las mismas formalidades que los allanamientos.

La Suprema Corte estimó que ese argumento era infundado y que fue correcta la interpretación de la jueza en cuanto a que la geolocalización de equipos de comunicación móvil en tiempo real no vulneraba el derecho a la vida privada si se llevaba a cabo mediante un dispositivo y no respecto de una persona determinada. La geolocalización busca identificar la ubicación de la cual proviene una llamada de telefonía móvil, por lo que no está dirigida contra una persona específica, con independencia de las investigaciones que se realicen posteriormente.

Por otra parte, en relación con la obligación de los concesionarios de retener y conservar los datos previstos en el art. 190 (fracción II) LFTR, las demandantes sostuvieron que la jueza no había aplicado el principio *pro persona* para interpretar esa disposición, pues, en ese caso, habría concluido que la conservación de datos personales por un tercero constituye una injerencia en el derecho a la vida privada.

La Suprema Corte consideró —como señalan las demandantes— que la medida impugnada constituía una injerencia en la vida privada de las personas, porque, como retenía durante un plazo prolongado la información, permitía identificar quién realizaba el proceso comunicativo, cuándo, por cuánto tiempo, con quién y desde dónde. Si bien la información recabada con el almacenamiento de los datos no comprende el contenido de la comunicación, lo cierto es que hace posible reconocer la identidad de los interlocutores y parte de sus actividades o relaciones sociales (en igual sentido, ver la Resolución 69/166 de la Asamblea General de la ONU). Es conveniente distinguir entre la intromisión con motivo de la retención y conservación de los datos y la que surge de la solicitud de información que las autoridades hacen a los concesionarios, que constituye una injerencia adicional al almacenamiento de datos, ya que supone que un tercero los maneje y conozca.

El desarrollo de los procesos de comunicación telefónica y los avances de la ciencia permitieron que, de manera automática, se generen y almacenen datos de las llamadas realizadas por las personas, que son usados por los concesionarios para determinar tarifas. La disposición impugnada solo las obliga a resguardar por más tiempo la información aunque con un fin totalmente distinto. Así, la intromisión a la vida privada de las personas no depende de que la información sea o no solicitada

por las autoridades competentes, porque la norma cuestionada implica en sí misma una injerencia dado que obliga a los concesionarios a retener y a conservar datos.

Entonces, si bien la disposición impugnada constituye una intromisión en la vida privada de las personas, no significa que sea inconstitucional, ya que la Suprema Corte ha sostenido que los derechos fundamentales no son absolutos. El legislador les puede establecer restricciones que no sean arbitrarias, esto es, que deben perseguir finalidades constitucionalmente válidas, ser adecuadas o idóneas, así como necesarias y proporcionales para obtener un objetivo legítimo, de tal manera que no se afecten en forma desmedida los derechos fundamentales (en igual sentido, art. 30 de la Convención Americana).

8. El art. 190 (fracción II) LFTR incluye el derecho a la seguridad personal, que busca garantizar condiciones adecuadas para que las personas ejerzan sus derechos. Por eso, se debe establecer mecanismos para prevenir, remediar o eliminar situaciones de violencia contra las personas, su vida, libertad, propiedad y demás derechos. Asimismo, la investigación y persecución de los delitos guarda relación con el acceso a la Justicia, cuyo presupuesto es una efectiva investigación de los delitos. En consecuencia, el Estado está obligado a realizar una averiguación seria, imparcial, efectiva y diligente y a usar todos los medios legales disponibles para evitar tanto la impunidad como la repetición de hechos delictivos.

El avance de las tecnologías implicó el desarrollo de nuevos mecanismos para cometer delitos. Por eso, para el Estado cobra relevancia el uso de herramientas tecnológicas más eficaces que aumenten las probabilidades de sancionar a sus autores. Esta cuestión aparece en la exposición de los motivos por los cuales se adicionó la fracción XII del art. 44 LFTR (que coincide esencialmente con el texto del artículo 190 impugnado). Así, la disposición en estudio es necesaria para satisfacer la obligación del Estado de investigar y perseguir las conductas delictivas. Si las herramientas de las autoridades implican alguna injerencia en un derecho humano, deberá establecerse una regulación clara y precisa en cuanto al alcance y aplicación de la norma.

9. La Suprema Corte advirtió, en relación con el análisis de la proporcionalidad, una adecuada ponderación entre los principios en juego: derechos a la vida privada y a la seguridad pública.

La medida cuestionada impone a los concesionarios la obligación de resguardar la información y de proporcionarla a las autoridades. Por lo tanto, genera una restricción al derecho a la vida privada. Sin embargo, su objetivo es que el Estado consiga asegurar el ejercicio pleno de los derechos y lograr que se investiguen eficazmente los delitos. Es muy importante que el Estado, mediante las tecnologías de la información y comunicación, fundamente mejor las acusaciones y sancione de forma efectiva las conductas delictivas, sobre todo si se afectan bienes jurídicos como la vida o la libertad. Según la norma objetada, la retención y conservación de datos incluye toda la información generada por algún servicio de telefonía y, en consecuencia, abarca a todos los usuarios de este servicio, con independencia de que exista algún indicio de su participación en un delito. Sin embargo, esa cuestión es proporcional a los objetivos, ya que se trata de un historial de datos de tráfico de las comunicaciones telefónicas al que puedan acceder las autoridades en

casos justificados. Entonces, la limitación del registro a ciertas personas vinculadas con algún indicio delictivo implicaría la pérdida de la información generada con anterioridad. Además, la intensidad de la medida restrictiva no alcanza el núcleo esencial de desarrollo de la vida privada de los usuarios, porque comprende datos generados de manera automática en los sistemas de telecomunicaciones que serán resguardados por los concesionarios y que podrán utilizarse solo cuando las autoridades públicas lo soliciten.

La norma indica que es aplicable la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, que regula la actuación de los concesionarios. De esa manera, conforme al principio de finalidad de la información, los datos retenidos solo pueden usarse para cumplir los objetivos por los que fueron resguardados. En cuanto a las medidas de seguridad específicas para el manejo de la información, los concesionarios deben establecer y mantener medidas de seguridad administrativa, técnicas y físicas que permitan proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado. Asimismo, deberán atender al riesgo existente, así como a las posibles consecuencias para los titulares, a la sensibilidad de los datos y al desarrollo tecnológico.

El Instituto Federal de Telecomunicaciones dispuso que la información debe almacenarse en plataformas electrónicas que permitan la gestión, manejo, procesamiento, resguardo y transmisión de los datos. Para eso, los concesionarios deben implementar medidas que garanticen la integridad y seguridad de la información resguardada, entregar al instituto un informe anual sobre los protocolos de seguridad implementados y presentar un análisis de los riesgos relativos a la transmisión, manejo y resguardo de los datos. Por su parte, el instituto está facultado para realizar las observaciones y requerir los ajustes necesarios cuando existan razones para modificar los protocolos de integridad, seguridad, cancelación y supresión de la información. De igual manera, el instituto puede solicitar a las autoridades información relativa a las medidas implementadas para asegurar el resguardo, manejo y, de ser necesario, cancelación de los datos.

Por todo eso, las injerencias en la vida privada de las personas que genera la retención que los concesionarios hagan de la información de las comunicaciones telefónicas, así como su entrega a solicitud de las autoridades públicas, son proporcionales a la finalidad que persiguen, que es cumplir con el derecho a la seguridad personal. Asimismo, no trasgreden el núcleo esencial del derecho a la privacidad de las personas, pues esa información solo se usará en determinadas circunstancias.

10. La injerencia que supone la entrega de la información resguardada a las autoridades impone una mayor restricción a la vida privada de las personas que el simple almacenamiento de los datos. Una vez que los funcionarios accedan a la información, podrán elaborar un perfil del comportamiento del usuario que incluya sus relaciones personales y principales actividades.

Por ende, la solicitud de acceso de las autoridades debe realizarse en términos del art. 16 CPM. En consecuencia, solo la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal facultada o el titular del ministerio público de la entidad federativa,

puede autorizar la entrega de la información. Para ello, la autoridad competente debe fundar las causas legales de la solicitud, identificar a las personas cuyos datos se solicitan y detallar el período requerido.

La autoridad judicial no puede autorizar la entrega de información de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. En ese contexto, las pruebas derivadas del uso de los datos de telefonía carecen de valor si la entrega de la información no se realizó con autorización judicial previa en los términos expuestos.

11. Finalmente, a los fines de la certeza jurídica, los requisitos jurídicos para la solicitud de entrega y recepción de la información son obligatorios a partir de la fecha de la publicación de la decisión. Así, los requisitos cobrarán vigencia respecto a las actuaciones o procedimientos dictados a partir de esa fecha y no en relación con los anteriores. De lo contrario, se afectarían esas investigaciones en menoscabo de las obligaciones del Estado de sancionar en forma efectiva los delitos y garantizar la seguridad nacional.

12. La Suprema Corte concluyó que la retención, conservación y entrega de la información relacionada con las comunicaciones de telefonía fija o móvil constituye una injerencia constitucionalmente válida en la privacidad de las personas, por lo que el art. 190 (fracción II) LFTR se ajusta a lo dispuesto en el art. 16 CPM, siempre y cuando se realice según las consideraciones expuestas en la sentencia.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO, Segunda Sala, amparo en revisión 937/2015 interpuesto por María del Rosario Arce Escalante y la Asesoría Profesional en Contaduría y Administración, sentencia del 13-4-2016, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=184936>.



Derecho al debido proceso. Defecto por desconocimiento del precedente judicial. Unificación de jurisprudencia. Consulta popular. Espectáculo taurino. Acción de tutela contra providencias judiciales. (Colombia).

Antecedentes del caso: en mayo de 2015, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. solicitó al Concejo de Bogotá que opinara sobre la conveniencia de convocar al electorado de la ciudad a una consulta popular (art. 105 de la Constitución Política-CP) para determinar si debían permitirse corridas de toros en esa ciudad. El Concejo de Bogotá opinó favorablemente y se lo comunicó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, mediante una providencia de agosto de 2015, determinó que la consulta popular se ajustaba a la CP. En consecuencia, el Alcalde Mayor de Bogotá dictó el Decreto 334/2015 para convocar a la consulta.

Varios ciudadanos interpusieron acciones de tutela contra la decisión y denunciaron la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Los accionantes afirmaron que la providencia había permitido someter a decisión del electorado distrital un asunto que no es competencia de las entidades territoriales; había desconocido que se había incurrido en un vicio insubsanable por el vencimiento del plazo para que el Concejo emitiera su opinión; había vulnerado la CP por admitir que una autoridad local pudiera definir lo que es competencia del Congreso de la República, y había desconocido el precedente T-296/2013, conforme al cual la tauromaquia forma parte del ejercicio del derecho fundamental a expresar manifestaciones artísticas y culturales. Las pretensiones fueron acumuladas en un único expediente.

En primera instancia, en septiembre de 2015, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado amparó el derecho fundamental de los accionantes al debido proceso por violación del precedente constitucional, dejó sin efecto la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y le ordenó pronunciarse nuevamente. En consecuencia, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la consulta.

La sentencia fue impugnada por el concejal Marco Fidel Ramírez Antonio, por la Alcaldía Mayor de Bogotá y por varios ciudadanos. En segunda instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia.

El expediente fue seleccionado para su revisión. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional dictó la sentencia T-121/2017, mediante la que ordenó revocar los fallos dictados en primera y en segunda instancia; denegó el amparo solicitado por Ruiz Sánchez y otros; dejó sin efecto la sentencia de reemplazo dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cumplimiento del fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado; declaró firme la sentencia de agosto de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y ordenó al Alcalde Mayor de Bogotá llevar a cabo la consulta popular.

Ruiz Sánchez y la Corporación Nacional Taurina solicitaron la nulidad de la sentencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante el Auto 031 del 7 de febrero de 2018, declaró la nulidad de la sentencia T-121/2017 por haberse apartado de su sentencia C-889/2012, en la que se había resuelto un problema jurídico similar y establecido que el legislador es el único autorizado para prohibir las corridas de toros en Colombia y que las autoridades locales contaban solo con una función de policía. Esta regla estaba incluida, además, en la parte motiva de las sentencias C-666/2010 y T-296/2013. La Corte concluyó que, dado que las autoridades locales podían convocar consultas solamente respecto de asuntos que recayeran en el ámbito de su competencia, avalar la pregunta sobre la posibilidad de realizar corridas de toros en Bogotá D.C. —que podía implicar su prohibición— resultaba contrario a lo decidido previamente y amparado por la cosa juzgada constitucional.

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 61 del Reglamento de la Corte, por razones de unificación de jurisprudencia correspondía a la Sala Plena expedir una nueva providencia en reemplazo de la anterior.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia confirmó la sentencia del Consejo de Estado de septiembre de 2015. Declaró procedente la acción de tutela interpuesta por Ramsés Alberto Ruiz Sánchez y otros contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso por violación del precedente constitucional.

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional era competente para dictar el fallo sustitutivo de la sentencia T-121/2017, en virtud de lo dispuesto en el Auto 031 del 7 de febrero de 2018.

2. Debió determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al declarar ajustada a la CP la consulta popular que convocó el Alcalde Mayor de Bogotá, incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional, y vulneró así el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes.

3. Los arts. 86 CP y 5 del Decreto 2591/1991 establecen que toda persona, cuando sus derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, puede acudir a la acción de tutela para reclamar su protección inmediata. La Corte admite la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones de los jueces cuando, en su calidad de autoridades públicas, incurran en falencias graves e incompatibles con la CP y que afecten los derechos fundamentales de las partes. Esa procedencia es excepcional “con el fin de que no se desconozcan los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y la naturaleza subsidiaria que caracteriza al mecanismo”. En este caso, la acción estaba dirigida contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que había determinado que la consulta popular se ajustaba a la CP. Los accionantes sostuvieron que la providencia en cuestión había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

En primera y en segunda instancia, se determinó que los accionantes inscriptos en el censo electoral distrital cumplían el requisito de legitimación para presentar la acción de tutela. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que la tutela había sido interpuesta a nombre propio por la presunta vulneración del derecho al debido proceso en la sentencia anterior, expedida en el marco del control automático y abstracto de constitucionalidad de la convocatoria a una consulta popular local.

Cualquier persona natural o jurídica que, por lo menos de manera sumaria, demuestre que su interés legítimo se ve afectado por la sentencia de constitucionalidad de la consulta está legitimado para solicitar el amparo del debido proceso. Precisamente, el interés legítimo en la participación de la consulta popular y en la celebración de las corridas de toros que demostraron tener los accionantes es lo que los legitimaba para interponer la acción de tutela.

Para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario que se acrediten los requisitos generales y específicos de procedibilidad: que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional; que se cumpla el requisito de inmediatez; que las irregularidades procesales tengan un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; que el actor identifique de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados; que la sentencia que se impugna en sede de tutela no corresponda a su vez a una sentencia que haya

definido una acción de tutela, y que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. La Corte señaló que todos los requisitos estaban satisfechos.

Entre los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se encuentran el defecto orgánico, el defecto procedimental, el defecto fáctico, el error inducido, la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente, la violación directa de la Constitución y el defecto material o sustantivo. De estos, al menos uno debe cumplirse para que la acción de tutela sea procedente. Asimismo, debe tenerse en cuenta que una misma irregularidad puede dar lugar a la configuración de varios de estos defectos.

Los accionantes alegaron que la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca había permitido que se sometiera al electorado distrital un asunto que no era competencia de las entidades territoriales; había vulnerado la CP al permitir que una decisión que solo le competía al Congreso pudiera ser definida por una autoridad local, y había desconocido el precedente de la sentencia T-296/2013, que señala que la tauromaquia forma parte del ejercicio del derecho fundamental a expresar manifestaciones artísticas y culturales.

Así, la controversia se circunscribió específicamente a si la providencia judicial había desconocido el precedente constitucional por haber admitido que el alcalde, fuera de su competencia, convocara a una consulta popular por un asunto expresamente permitido por la ley. En esos términos, los defectos alegados por los accionantes se enmarcan dentro del desconocimiento del precedente constitucional en cuanto a la competencia para prohibir las corridas de toros y en la naturaleza de la consulta popular.

4.1. El defecto por desconocimiento del precedente se configura cuando, a pesar de existir un antecedente vinculante y vigente, la autoridad judicial lo ignora sin ofrecer una razón suficiente. Es obligatorio para el juez aplicar el precedente siempre que la *ratio decidendi* de la sentencia previa establezca una regla relacionada con el caso en cuestión, que haya servido de fundamento para estudiar problemas jurídicos o cuestiones constitucionales similares, y que los hechos del caso o las normas juzgadas.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tras analizar la línea jurisprudencial de la Corte sobre la materia, concluyó que las entidades territoriales tienen competencia para prohibir las actividades taurinas en su jurisdicción.

4.2. Para determinar si con ello se desconoció el precedente constitucional, la Corte analizó su jurisprudencia relativa a las corridas de toros.

En la sentencia C-666/2010, decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra del art. 7 de la Ley 84/1989, que exceptúa de sanciones a: “el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos”. Sin embargo, dado que Colombia prohíbe el maltrato animal, tales actividades podían ser permitidas solo “cuando se consideren manifestación cultural de la población

de un determinado municipio o distrito, pero deberá abstenerse de difundirlas, promocionarlas, patrocinarlas o cualquier otra forma de intervención que implique fomento a las mismas por fuera de los límites establecidos en esta sentencia. Sólo así se alcanza una interpretación armónica de dos principios constitucionales que se contraponen en las concretas actividades que excepciona el art. 7 de la ley 84/1989”.

En la sentencia C-889/2012, resolvió una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los arts. 14 y 15 (parciales) de la Ley 916/2004, que establece el Reglamento Nacional Taurino. En esa ocasión, la Corte identificó el alcance de las competencias de las autoridades administrativas en el desarrollo de espectáculos taurinos. Consideró que no tienen la facultad de imponer consideraciones particulares respecto de la conveniencia de los espectáculos cuando existen restricciones respaldadas por el ordenamiento. También distinguió entre la función de policía y el poder de policía. Se declararon exequibles, además, algunas de las expresiones contenidas en los arts. 14, 15, 17, 18 y 19 de la Ley 916/2004. En cambio, declaró inexecutable la expresión “que requieran autorización previa” contenida en los arts. 17 y 18. En el caso, más que un desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, de la que tampoco existe posibilidad de apartarse, es notorio el desconocimiento injustificado del precedente. Las reglas establecidas en la *ratio decidendi* de la sentencia debieron ser aplicadas. Precisamente, de acuerdo con esas reglas, en el Auto 025/2015 la Sala Plena señaló que la sentencia C-889/2012 había establecido claramente una diferenciación entre las competencias específicas de las autoridades distritales y el Congreso de la República en relación con la actividad taurina.

Ahora bien, en la sentencia T-296/2013, se resolvió un conflicto contractual entre la Corporación Taurina de Bogotá y el Instituto Distrital de Recreación y Deporte en relación con la renovación del contrato de arrendamiento de la plaza de toros La Santa María. La determinación de la Administración Distrital de no renovar el contrato de arrendamiento de la plaza de toros era contraria al debido proceso administrativo, pues la Alcaldía había prohibido la realización del espectáculo taurino sin tener competencia.

4.3. En este caso, la Corte consideró que la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el precedente C-889/2012. En efecto, la regla utilizada en esa sentencia debió haber sido aplicada por el Tribunal pues el problema jurídico era similar y se sentó la regla que establece que el legislador es el único que puede prohibir las corridas de toros en Colombia y que las autoridades locales cuentan solo con una función de policía. Si bien en las sentencias C-666/2010 y T-296/2013 la resolución del problema jurídico no se fundó en la regla citada, sí se la señaló de manera expresa en su parte motiva. El desconocimiento del precedente constitucional implicó la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de los accionantes que, por distintas razones, tienen interés en la revisión de constitucionalidad de la consulta popular.

5. Por otra parte, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca entendiera que el alcalde podía promover la consulta popular resulta contrario a la naturaleza y alcance de los instrumentos de participación.

Toda consulta popular tiene límites y condiciones precisos tanto en la Constitución como en la Ley 134/1994. Uno de ellos es que los mandatarios departamentales y municipales o distritales solo tienen permitido llamar a la comunidad para pronunciarse sobre asuntos de orden regional o local, y que deben tener la competencia. El art 105 CP, que establece el marco general de la consulta popular a nivel territorial, dispone que los gobernadores y alcaldes podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio.

El funcionario que convoca a una consulta popular debe tener la competencia para materializar la decisión de la ciudadanía. En el caso de las corridas de toros, el alcalde de Bogotá D.C. está sujeto a la Ley 916/2004, que dispone que la celebración de espectáculos taurinos en los casos de las plazas de toros permanentes, como La Santa María, requiere únicamente de la comunicación previa al órgano administrativo competente. En ese sentido, la autorización para realizar corridas de toros en Bogotá proviene del legislador, y el órgano administrativo no autoriza ni prohíbe.

En conclusión, el alcalde no puede convocar a una consulta popular sobre la prohibición de las corridas de toros, pues carece de la competencia para llevar a cabo el mandato. La providencia del Tribunal Administrativo desconoció el precedente constitucional por permitir que el alcalde de Bogotá D.C. convocara a la consulta popular de un asunto que no tiene competencia para prohibir, pues está regulado y permitido por una ley de alcance nacional.

6. Los accionantes solicitaron el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, el cual, a su juicio, había sido vulnerado por la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que desconocía el precedente constitucional.

La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso es el que tiene una persona a la recta administración de justicia. Esta postura explica en parte el carácter vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano: la teoría del valor vinculante del precedente es precisamente la materialización de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones son parte del núcleo esencial del debido proceso y del derecho a la igualdad ante la ley.

Las sentencias contradictorias de las autoridades judiciales en circunstancias en que debería darse un trato igualitario generan indefinición respecto del ordenamiento y favorecen la contradicción o el desconocimiento del derecho a la igualdad. De manera similar, ignorar el precedente implica desconocer el derecho a la igualdad.

Por eso la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta y tiene como límite el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales. El principio de igualdad no se limita a la producción de una ley, sino además a su aplicación e interpretación. Igualmente, tales derechos se pueden vulnerar no solo en los casos de un conflicto entre partes, sino también en los de constitucionalidad abstracta, de acuerdo con la confianza legítima en la administración de justicia.

Particularmente, el juez debe aplicar la regla que establecieron las instancias superiores, pues la autonomía judicial está restringida a tales criterios unificadores. En este caso, la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que declaró la constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular del alcalde de Bogotá D.C., desconoció el precedente constitucional conforme al cual el legislador es la única autoridad que puede prohibir las corridas de toros.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena, acción de tutela instaurada por Ramsés Alberto Ruiz Sánchez y otros contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia SU-056/18, del 31-5-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU056-18.htm>.



Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Derecho a la identidad. Modificación del registro civil por cambio de sexo de personas transgénero. Derecho de la persona menor de edad a modificar el registro civil. Cambio de nombre. (Colombia).

Antecedentes del caso: Manuel, un bogotano de 17 años que fue inscrito en el registro civil como mujer, se sometió con permiso de sus padres a un tratamiento clínico para cambiar de género. Manuel reside actualmente en los Estados Unidos y solicitó la ciudadanía norteamericana. Sus médicos certificaron que desde octubre de 2015 se sometía a un tratamiento clínico apropiado para la transición de género de mujer a varón. Pero los trámites para adquirir la ciudadanía requerían que, antes de cumplir 18 años, concluyera el proceso de corrección de género y obtuviera el cambio de nombre en el registro civil, con un nuevo documento de identidad.

La madre de Manuel acudió al Consulado de Colombia en Orlando, Florida, para buscar asesoramiento y avanzar en el proceso de cambio de nombre y corrección de sexo. La cónsul de Colombia en Orlando consultó al Registro Nacional del Estado Civil y respondió que el cambio de nombre podía hacerse por escritura pública, conforme lo dispuesto por el art. 94 del Decreto 1260/1970, pero que el Decreto 1227/2015 exigía como requisito la presentación de la cédula de ciudadanía del peticionario, por lo que la corrección de sexo solo podría ser aplicada a mayores de edad.

Los padres, en representación de su hijo, interpusieron una acción de tutela contra el Registro Nacional del Estado Civil y la Notaría Octava del Círculo de Bogotá. Solicitaron que se protegieran los derechos fundamentales del menor al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual, a la autonomía personal y a la dignidad humana. Pidieron también que se ordenara a la Notaría Octava del Círculo de Bogotá que “por medio de escritura pública protocolice el cambio de nombre y la corrección del sexo que consta en el registro civil de nacimiento de

la accionante, de modo tal que coincida con el nombre (...) y el sexo (masculino) con el que ella se identifica”, y que se ordenara al Registro Nacional del Estado Civil que expidiera un nuevo documento de identidad a nombre de Manuel, con indicación del sexo masculino.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá denegó la acción de tutela. Advirtió que, para realizar la corrección de sexo ante una notaría, el Decreto 1227/2015 requiere la presentación de la cédula de ciudadanía, por lo que la voluntad del legislador es que la modificación sea realizada por un mayor de edad.

Los padres de Manuel impugnaron la decisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo recurrido. Consideró que para poder modificar el sexo en los documentos públicos pretendidos, el titular del derecho debe haber alcanzado la mayoría de edad.

La Sala de Selección de la Corte Constitucional eligió el expediente para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó las sentencias mencionadas y tuteló los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género de Manuel.

Ordenó al Consulado de Colombia en Orlando y al Registro Nacional del Estado Civil tomar las medidas necesarias para realizar el cambio de nombre y la corrección de sexo en el registro civil de Manuel, antes de que cumpla los 18 años de edad.

En este caso, consideró inconstitucional el requisito de presentación de la cédula de ciudadanía previsto en el numeral 2 del art. 2.2.6.12.4.5 del Decreto 1069/2015, adicionado por el Decreto 1227/2015. En su lugar, Manuel podrá realizar el trámite de corrección de sexo en el registro civil con la presentación de su documento de identidad antes de cumplir los 18 años.

1. El asunto presentó dos cuestiones jurídicas relevantes. En primer lugar, si en las circunstancias específicas de Manuel se podía denegar el cambio de sexo en su registro civil por no contar con los requisitos que exige el Decreto 1227/2015 y, en razón de la negativa, si debía acudir a un juez ordinario para solicitar la modificación, a pesar de que estaba por cumplir 18 años y necesitaba obtener la nacionalidad estadounidense antes de alcanzar la mayoría de edad.

La Corte Constitucional planteó si, cuando se niega la modificación del componente de sexo en el registro civil de una persona de 17 años de edad (que cuenta con el apoyo de sus padres y se ha realizado los tratamientos necesarios) por no contar con la cédula de ciudadanía para realizar el trámite exigido por el Decreto 1227/2015, las autoridades públicas vulneran los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y de género y a la dignidad humana. Planteó, además, si se vulneran los derechos fundamentales de Manuel cuando se le exige acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria para modificar el sexo inscripto en el registro civil de nacimiento, cuando él debe hacerlo antes de cumplir la mayoría de edad por

exigencia de las autoridades de otro país en el que solicita la nacionalidad.

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, la Corte Constitucional se refirió: a) a la procedibilidad de la acción de tutela interpuesta por los padres de Manuel, b) a la posibilidad de modificar el componente sexo en el registro civil, y c) al derecho de la persona menor de edad de modificar su registro civil.

2. La acción de tutela resultó procedente por cumplirse los requisitos de legitimación activa y pasiva, de subsidiariedad y de inmediatez.

3. El registro civil de nacimiento es un instrumento de garantía de la personalidad jurídica. Permite identificar a las personas, expedir el documento de identidad, la cédula de ciudadanía y acreditar los datos del estado civil. Los datos que se consignan en el registro civil tienen una doble función: permitir al Estado identificar a las personas, con diversos fines legítimos, y servir de identificación de las personas en la sociedad. De tal forma, el registro civil y su regulación son aspectos relevantes del ejercicio de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, a la identidad personal y al estado civil y determinan una posición en la familia y en la sociedad, de la cual se derivan derechos y obligaciones. En el caso de Manuel, el registro civil es además un instrumento necesario para la naturalización en los Estados Unidos.

La legislación y la jurisprudencia constitucional reconocen el derecho de las personas transgénero de modificar o corregir el componente sexo en el registro civil. La legislación contempla dos trámites distintos: por una parte, establece una corrección realizada por medio de escritura pública ante una notaría y, por otra, un trámite de jurisdicción voluntaria de conformidad con el art. 577.11 del Código General del Proceso. La jurisprudencia se ha referido a la modificación del registro civil por cambio de sexo en diversas sentencias (T-504/1994, T-918/2012, T-231/2013). Por un lado, de acuerdo con la jurisprudencia, el trámite ante una notaría procede en casos de error mecanográfico, mientras que los demás casos, como el cambio que se realiza después de un tratamiento médico, requieren un proceso judicial para valorar las circunstancias. Por otro, una línea jurisprudencial menos tradicional tiene en cuenta los derechos fundamentales a la identidad sexual y a la identidad de género de las personas transgénero. La Corte Constitucional ha sostenido que la exigencia de un proceso de jurisdicción voluntaria para la modificación del sexo en el registro civil podría obstaculizar el goce efectivo de los derechos. Permitirle el cambio de nombre a una persona transgénero pero no el cambio de sexo en el registro civil podría facilitar eventuales actos discriminatorios en su contra. En el caso T-063/2015, la Corte Constitucional autorizó a una persona transgénero que se había realizado una cirugía de reasignación de sexo a modificar el sexo de su registro civil sin la necesidad de un proceso de jurisdicción voluntaria. Afirmó que toda persona tiene derecho a que el sexo consignado en el registro civil corresponda a su identidad sexual efectivamente asumida y vivida. Se refirió al precedente en que había sostenido que “se vulneran los derechos fundamentales de las personas transgénero cuando se establecen obstáculos innecesarios para lograr la corrección del sexo en el registro civil a fin de que coincida con su identidad vivida”. De acuerdo con lo anterior, la vía de la jurisdicción voluntaria implica una valoración probatoria del cambio

psicológico o fisiológico de la persona y conlleva un cuestionamiento de carácter invasivo respecto de la adscripción de género, lo que constituye un trato humillante y contrario a la dignidad humana. Por ese motivo, no corresponde exigir la vía de la jurisdicción voluntaria, sino la corrección del sexo ante una notaría si la persona considera que el sexo consignado en el registro civil no coincide con la identidad de género efectivamente asumida y vivida.

4. De conformidad con la jurisprudencia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual y de género son aplicables a adultos y niños por igual. Sin embargo, la Constitución prevé la posibilidad de restringir el poder de decisión de los niños en determinados casos, en consideración de la edad del menor, el asunto sobre el que se debe decidir y las posibles repercusiones negativas de la decisión. En ocasiones, la jurisprudencia ha hecho prevalecer el criterio de los padres sobre la voluntad aparente de los menores, y, en otros, la voluntad del niño ha sido determinante.

La Corte Constitucional no se pronunció sobre eventos en que una persona menor de edad transgénero solicita un procedimiento médico o un cambio en el registro civil. Consideró que el procedimiento médico y la modificación del registro civil plantean problemas jurídicos y éticos distintos, mientras que el caso en cuestión se circunscribe a aspectos relacionados con el cambio del registro civil.

5. El Decreto 1227/2015, que reglamenta el trámite que debe seguir una persona que se identifica con un género distinto del que figura en su registro civil, establece un procedimiento expedito ante una notaría, sin la necesidad de acudir a un juez para demostrar que la persona, físicamente o psicológicamente, es hombre o mujer. El decreto, al ser una norma reglamentaria, no tiene la capacidad de limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Por ese motivo, la posibilidad de realizar el trámite de corrección de sexo en el registro civil no puede ser decidida por el juez de tutela exclusivamente con base en el decreto. Para establecer si un menor de edad puede o no llevar a cabo el cambio de sexo, el juez de tutela debe considerar los derechos fundamentales e intereses constitucionales en tensión en la situación concreta. En este caso, la aplicación literal del decreto plantea un trato desigual entre adultos y menores próximos a alcanzar la mayoría de edad, que restringe la posibilidad de identificarse plenamente con la sexualidad efectivamente asumida y vivida.

La Corte Constitucional no definió una regla general para la resolución de este tipo de casos, pero, según los parámetros generales establecidos en la jurisprudencia, identificó los criterios más relevantes: 1) la voluntad de los padres y del hijo/a; 2) el criterio profesional de terceros; 3) la proximidad a la mayoría de edad, y 4) la ponderación de la trascendencia de la decisión, sus efectos secundarios y las posibilidades de revertirla.

La Sala consideró que es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto del requisito de la cédula de ciudadanía para la corrección del sexo en el registro civil siempre que existan razones suficientes para hacer primar la voluntad del menor sobre las razones del interés de protección que subyace al requisito de mayoría de edad.

6. Los padres de Manuel interpusieron una acción de tutela cuando las autoridades nacionales informaron que, en un caso de corrección del sexo en el registro civil, era condición que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad. El juez de tutela de primera instancia interpretó que el requisito de presentación de la cédula establecido en el Decreto 1227/2015 indicaba la voluntad del legislador de circunscribir el ejercicio de ese derecho a los mayores de edad.

La Corte Constitucional consideró que no existe ninguna voluntad legislativa en estos casos, pues ninguna ley ha definido los límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género de los menores de edad en relación con la corrección del registro civil en lo relativo al sexo. Los límites de esos derechos deben ser establecidos por la Corte.

En este caso, la voluntad de Manuel y de sus padres son coincidentes. Además, constan las certificaciones del médico tratante, la terapeuta y la coordinadora del programa de bienestar social al que asiste Manuel en Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Superior de Bogotá opinó, sin dar más razones, que las certificaciones médicas no demostraban que esa identidad fuera la realmente vivida por el menor. Por el contrario, la Corte Constitucional consideró que las certificaciones corroboraban las manifestaciones de los padres y del menor. Por otra parte, Manuel estaba por cumplir la mayoría de edad y contaba con el desarrollo suficiente para demostrar su capacidad de reconocer su identidad de género conforme a su proyecto de vida. Además, Manuel ya había recibido un tratamiento médico y se desarrollaba social y psicológicamente como hombre. En ese sentido, la corrección del sexo en el registro civil implicaba la refrendación de un hecho cumplido.

7. Por último, existe una razón importante por la cual Manuel requiere la corrección en este momento y no puede esperar a cumplir la mayoría de edad: la solicitud que debe presentar para la certificación de la ciudadanía estadounidense corresponde a personas menores de 18 años. La urgencia del cambio requerido para obtener la ciudadanía de los Estados Unidos fue controvertida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando señaló que la ciudadanía norteamericana se adquiere a los 21 años de edad, por lo que Manuel habría contado con tiempo suficiente para cumplir el procedimiento establecido en Colombia. La Sala Laboral no sustentó las razones de su afirmación. De hecho, en contra de lo afirmado en el fallo de segunda instancia, las reglas migratorias de los Estados Unidos prevén la posibilidad, para ciertas personas, de certificar su ciudadanía sin la necesidad de pasar por el proceso de naturalización, siempre que cumpla con los trámites correspondientes antes de cumplir 18 años. Si los trámites no se realizan antes de alcanzar la mayoría de edad, la persona puede solicitar la ciudadanía pero debe pasar el proceso de naturalización, que requiere la verificación de los requisitos legales previstos e incluye investigaciones, entrevistas y audiencias. En otras palabras, la exigencia de esperar a la mayoría de edad para realizar el trámite de corrección del sexo impone a Manuel de manera automática una carga administrativa gravosa y adicional.

El menor puede tramitar la ciudadanía estadounidense sin realizar la corrección del sexo en el registro civil colombiano, pero sus documentos lo registrarán como mujer aunque su identidad de género efectivamente asumida y vivida y su

aparición física sea de hombre. De darse este supuesto, debería tramitar el cambio correspondiente por medio de una corte estatal en los Estados Unidos. También puede esperar a cumplir los 18 años para corregir su registro civil y no tramitar la certificación de su ciudadanía norteamericana, lo que lo obligaría a atravesar el proceso de naturalización en los Estados Unidos. Ambas alternativas lesionan sus derechos fundamentales, y constituyen cargas que Manuel no tendría que soportar si no fuera una persona transgénero. La situación configura una limitación importante de los derechos a la identidad sexual y de género, así como del derecho a adquirir una nacionalidad. Una restricción semejante requeriría razones constitucionales de peso, que sin embargo no fueron aducidas por las entidades demandadas ni por los jueces de instancia, que se refirieron exclusivamente al contenido del Decreto 1227/2015. Al contrario, el caso presenta razones importantes para admitir el trámite de corrección: a) las voluntades coincidentes del menor y sus padres; b) la corroboración de la identidad sexual masculina del menor, efectivamente asumida y vivida, por parte de los médicos tratantes; c) que el menor está por alcanzar la mayoría de edad; d) que la solicitud tiene por objeto ratificar una decisión cuyos efectos en el mundo real ya se cumplieron, y e) que no admitirlo impone automáticamente al menor cargas administrativas que no tiene el deber jurídico de soportar.

En este caso, el requisito de presentación de la cédula de ciudadanía contemplado en el Decreto 1227/2015 constituye una limitación desproporcionada de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género de Manuel. Por lo tanto, se consideró aplicable la excepción de inconstitucionalidad en este caso y se ordenó al Consulado de Colombia en Orlando y al Registro Nacional del Estado Civil realizar el trámite solicitado, con el requisito de presentar el documento de identidad en lugar de la cédula de ciudadanía.

8. Los accionantes también solicitaron el cambio de nombre, de María a Manuel. Esta posibilidad no fue negada ni controvertida por el consulado ni por el registro. Sin embargo, para no dar lugar a dudas sobre el ámbito de protección de los derechos, la Corte Constitucional indicó que la orden cubría también el cambio de nombre. De ese modo, se ordenó a ambas autoridades tomar las medidas necesarias para realizar el cambio de nombre y la corrección del sexo consignado en el registro civil.

La exigencia de presentar la cédula de ciudadanía para la corrección del sexo consignado en el registro civil es una limitación desproporcionada de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género cuando impide su ejercicio a un menor, próximo a cumplir los 18 años, que requiere llevar a cabo los trámites correspondientes antes de alcanzar la mayoría de edad y cuya manifestación de voluntad es corroborada por sus padres, médicos y terapeutas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela interpuesta por Clara y Jorge, en representación de su hijo Manuel c. el Registro Nacional de Estado Civil y la Notaría Octava del Círculo de Bogotá, sentencia T-498/17, del 3-8-2017, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-498-17.htm>.



Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Protección de datos personales. Instalación de cámaras de vigilancia en lugar público de trabajo. Satisfacción equitativa. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los recurrentes son ciudadanos de Montenegro y viven en Podgorica.

En febrero de 2011, el decano de la Facultad de Matemáticas anunció que se iban a instalar cámaras de seguridad en diversas áreas la facultad, inclusive, en los auditorios donde se dictan clases. Una resolución publicada ese mismo mes explicaba que la medida buscaba proteger tanto a las personas como a la propiedad privada y evaluar la enseñanza.

En marzo de ese año, Antović y Mirković, docentes de esa facultad, presentaron una denuncia ante la Agencia de Protección de Datos Personales. Alegaron que la videovigilancia y la consecuente recopilación de sus datos personales se realizaban sin su consentimiento. Arguyeron que existían otras formas de proteger a las personas y a la propiedad privada, y que no existía razón alguna para temer por su seguridad. Por lo tanto, solicitaron que se quitaran las cámaras.

En un primer momento, dos inspectores de la Agencia de Protección de Datos Personales respaldaron a la facultad, pero, luego de una objeción interpuesta por Antović y Mirković, el consejo de la agencia resolvió que la medida no era compatible con la Ley de Protección de Datos Personales de Montenegro. Asimismo, declaró que no existían razones para mantener la videovigilancia, ya que no había ningún riesgo para las personas ni para la propiedad, y que la evaluación de la enseñanza no podía ser la justificación para esa medida en términos de la ley. Ordenó, entonces, que se quitaran las cámaras, lo que ocurrió a fines de enero de 2012.

En ese mismo mes, Antović y Mirković interpusieron un recurso ante los tribunales de Montenegro para reclamar una indemnización. Se fundaron en el art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos y en el derecho interno. Sin embargo, los tribunales rechazaron el planteo porque consideraron que su vida privada no había sido afectada, ya que los auditorios donde Antović y Mirković daban clases eran lugares públicos.

El 25 de octubre de 2013, Antović y Mirković interpusieron un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos hizo lugar al recurso interpuesto y resolvió que hubo una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

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

La Corte rechazó el argumento del Gobierno, que sostuvo que el caso era inadmisibile, ya que las vidas privadas de los dos profesores no habían sido afectadas porque la zona bajo vigilancia era un lugar público de trabajo. Consideró, como en sentencias similares anteriores, que la “vida privada” podía

incluir actividades profesionales. Por lo tanto, resolvió que el art. 8 resultaba aplicable y que el caso era admisible.

El término “vida privada” puede incluir actividades profesionales o actividades realizadas en un contexto público. Los auditorios universitarios constituyen el lugar de trabajo de los docentes, donde no solamente enseñan, sino que también interactúan con los alumnos, desarrollan relaciones y construyen su identidad social. Además, la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo significa una intromisión en la vida privada del empleado y no hay razones para desviarse de esta conclusión ante un caso de vigilancia no encubierta en el lugar de trabajo.

En consecuencia, la Corte determinó que la vida privada de Antović y Mirković había estado en riesgo y que la videovigilancia era equivalente a una interferencia en sus derechos.

Asimismo, los tribunales nacionales no examinaron la legalidad de la medida porque, desde un primer momento, no entendieron que involucrara ninguna cuestión de privacidad. Sin embargo, la Agencia de Protección de Datos Personales sí consideró que la medida implicaba una interferencia en la vida privada y era contraria a la ley. Por ejemplo, si bien la legislación nacional disponía que las cámaras de vigilancia podían utilizarse para controlar las zonas de ingreso a los edificios oficiales, en este caso habían sido instaladas en los auditorios.

La legislación nacional también establecía que la vigilancia podría realizarse con otros fines (como prevenir los riesgos contra la propiedad o las personas) si no existiera otra forma de hacerlo. La Agencia de Protección de Datos Personales consideró que no existían esos riesgos. Del mismo modo, la otra razón citada para fundamentar la medida —esto es, la evaluación de la enseñanza— no constituía una justificación prevista en la ley.

Por eso, la Corte resolvió que la videovigilancia no era compatible con la Ley de Protección de Datos Personales de Montenegro y que existió una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. En lo relativo al art. 41 (satisfacción equitativa):

Montenegro deberá pagar a cada uno de los recurrentes la suma de €1000 en concepto de daños no patrimoniales y de €1669,50 en concepto de costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Antović y Mirković v. Montenegro*, sentencia del 28-11-2017, en <http://www.statewatch.org/news/2017/nov/echr-judgment-Mirkovic-v.-Montenegro-camera-surveillance.pdf>.



Derecho ambiental. Justicia ambiental. Control ambiental. Relleno sanitario. Derecho de la población afectada por un relleno sanitario. Derecho a la salud. Derecho al ambiente sano. Derecho a la salubridad. Acción de tutela para la protección del derecho al debido proceso administrativo. (Colombia).

Antecedentes del caso: Rediba S. A., empresa que presta el servicio público de limpieza en el Municipio de Barrancabermeja, solicitó ante la Corporación Autónoma Regional de Santander (CARS) la expedición de una licencia ambiental para construir y operar un relleno sanitario en el predio Yerbabuena, ubicado en la localidad de Patio Bonito. La CARS denegó la licencia, porque el terreno se superpone con el área del Distrito Regional de Manejo Integrado del Humedal de San Silvestre, en el que no está permitida la construcción y operación de lugares de disposición final de residuos sólidos.

Rediba S. A. interpuso un recurso de reposición contra el acto administrativo y demandó que el predio Yerbabuena se sustrajera del Distrito Regional de Manejo Integrado del Humedal de San Silvestre. La solicitud fue aprobada por el Consejo Directivo de la CARS, que revocó la decisión anterior y concedió la licencia ambiental para construir y operar el relleno sanitario, con ciertas obligaciones para Rediba S. A. y para sí.

Tras el licenciamiento, construcción y operación del relleno sanitario ubicado en la localidad de Patio Bonito, se presentaron dos demandas que alegaron la vulneración de derechos constitucionales individuales y colectivos. Por un lado, Oswaldo López Prada (expediente T-4917401), en calidad de presidente de la Junta de Acción Comunal de la localidad de Patio Bonito, interpuso una acción de tutela contra Rediba S. A., la CARS y el Municipio de Barrancabermeja. Por otro, Rafael Leonardo Granados Cárdenas (expediente T-4836791), residente en Barrancabermeja y abogado del Comité Pro Defensa de la Cuenca Hídrica de la Ciénaga de San Silvestre, presentó una acción de tutela contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Policía Nacional, el Departamento de Santander, el Municipio de Barrancabermeja, la CARS y Rediba S. A.

Específicamente, sostuvieron que: la Policía Nacional había vulnerado su derecho a la integridad personal; la CARS había vulnerado sus derechos al debido proceso administrativo, a la igualdad, a la salud y a la vida digna; Rediba S. A. no había cumplido con las obligaciones establecidas en la licencia ambiental y había vulnerado sus derechos a la salud, al agua, al ambiente sano y a la salubridad pública, y, además, la CARS, el Municipio de Barrancabermeja, el Departamento de Santander y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible habían desconocido sus derechos al debido proceso administrativo y a la moralidad administrativa, ya que, a pesar de las múltiples denuncias sobre las irregularidades en el manejo del relleno sanitario, no habían adoptado medidas pertinentes. Para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la salud, el agua, la integridad personal y la vida digna —vinculados con los derechos colectivos al medio ambiente,

la moralidad administrativa y la salubridad pública—, solicitaron que se ordenara el cierre definitivo del relleno sanitario, por aplicación del principio de precaución, y el cese de cualquier acto de perturbación a la comunidad vinculado con la construcción y operación del proyecto. Demandaron, como medida provisional, el cierre del lugar de disposición final de residuos sólidos, como se había ordenado en un proceso contencioso administrativo en relación con otro relleno de la zona.

El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Barrancabermeja declaró improcedente el amparo solicitado por López Prada, ya que cuestionaba ante la jurisdicción contenciosa administrativa no solo la licencia ambiental, sino otros actos que vulneraban sus derechos. López Prada impugnó la decisión, pero el recurso fue rechazado por extemporáneo.

La Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente el amparo pretendido por Granados Cárdenas, por estimar que no cumplía con el presupuesto de subsidiariedad, en tanto que las pretensiones del demandante podían satisfacerse mediante la interposición de una acción popular. Granados Cárdenas apeló el fallo. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia.

La Sala de Selección de la Corte Constitucional escogió para revisión el expediente T-4836791, al que, luego, acumuló el expediente T-4917401.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia confirmó parcialmente los fallos recurridos. Consideró improcedente la solicitud de protección del derecho al debido proceso administrativo. Declaró que la Corporación Autónoma Regional de Santander (CARS) no había desconocido la normativa vigente al conceder la licencia ambiental.

Revocó parcialmente los fallos de tutela. En su lugar, por un lado, consideró que en ese momento carecía de objeto la solicitud de protección del derecho a la integridad personal desconocido presuntamente por la Policía Nacional. Por el otro, tuteló los derechos fundamentales a la igualdad, la vida en condiciones dignas, la salud, el agua y el debido proceso administrativo, así como los derechos colectivos al ambiente sano, la salubridad pública y la moralidad administrativa de los accionantes.

Ordenó a Rediba S. A. la adopción de medidas y procedimientos técnicos y administrativos necesarios para cumplir lo estipulado en la licencia de Resolución DGL 1121/2014, en especial las obligaciones relacionadas con el plan de manejo ambiental y las medidas sociales de compensación a favor de la comunidad de Patio Bonito. Además, superar las irregularidades de la CARS en la operación del relleno sanitario de Patio Bonito, y, por otra parte, acoger las recomendaciones técnicas de los funcionarios del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, la ingeniera ambiental y sanitaria Moreno Saboyá y el hidrólogo Olaya Triana.

La CARS, en ejercicio de sus funciones, deberá hacer un seguimiento de la actividad de Rediba S. A. para cumplir lo dispuesto, con atención especial a las medidas que se adopten para superar las irregularidades en el tratamiento de los lixiviados, la correcta clasificación de basuras y el manejo de residuos peligrosos, así como el respeto de la normatividad forestal y de prevención de contaminación de

fuentes hídricas. También deberá determinar el posible uso inadecuado de pólvora para ahuyentar aves en el relleno sanitario; la presunta intervención ambiental irregular en los predios aledaños al relleno y el supuesto desconocimiento de los límites del terreno, estipulados en la licencia ambiental de Resolución DGL 1121/2014. Es necesario, además, que la CARS valore el impacto ambiental y social de la construcción y operación del relleno sanitario de Patio Bonito, y revise los términos en los que se concedió la licencia ambiental para modificar o revocar el acto administrativo, total o parcialmente, si fuera el caso. La CARS deberá determinar si resulta pertinente construir de manera anticipada la planta de tratamiento de lixiviados contemplada en los planes que sirvieron como sustento para el otorgamiento de la licencia ambiental, y, con participación de la comunidad, ampliar a su favor las medidas de compensación social establecidas en la licencia, como la garantía de acceso a agua potable, la recolección de basura y sistemas de manejo y tratamiento de aguas residuales domésticas y ventilación.

Ordenó a la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja establecer un plan de contingencia para que, en caso de que la autoridad ambiental considere pertinente adoptar como medida de protección el cierre del relleno sanitario, la medida se lleve a cabo sin afectar las prerrogativas de la población, la adecuada prestación del servicio público de limpieza en la ciudad y el acceso al agua de los residentes de la comunidad aledaña.

1. La Corte estimó cumplidos los requisitos de legitimación activa y pasiva.

Respecto de la afectación de los derechos fundamentales, los presuntos abusos de la Policía Nacional cesaron desde que el proyecto entró en funcionamiento y terminaron las protestas y la presencia de uniformados en el lugar. Por tanto, los eventuales daños deben ser resarcidos según las medidas ordenadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La posible responsabilidad de los uniformados debe ser objeto de control por los órganos disciplinarios respectivos, pues, como indicó la Corte, la acción de tutela, además de ser subsidiaria, tiene un carácter eminentemente preventivo y no indemnizatorio. Por ello, la Corte no se pronunció sobre el fondo de la cuestión. En cambio, analizó la procedencia de los demás reproches relacionados con el licenciamiento, construcción y operación del relleno sanitario, ya que, de comprobarse las irregularidades alegadas en los escritos tutelares, podrían haberse vulnerado las prerrogativas constitucionales de los accionantes.

Por otra parte, la Corte consideró satisfecho el requisito de inmediatez, puesto que la resolución que permitió la construcción de relleno sanitario en Patio Bonito fue expedida el 27 de noviembre de 2014, y los recursos de amparo fueron interpuestos menos de dos meses después, un plazo razonable, más si se tiene en cuenta el carácter permanente y continuo de los perjuicios a los derechos alegados.

Respecto del requisito de subsidiariedad, la acción de tutela es procedente para examinar si Rediba S. A. ha incumplido las obligaciones establecidas en la licencia, si las medidas de compensación en favor de la comunidad son proporcionadas y si las autoridades competentes han actuado de manera razonable frente a las denuncias. En relación con los cuestionamientos a la CARS por el presunto desconocimiento de la normativa vigente en la concesión de la licencia, los accionantes pueden acudir

ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Corte no identificó un perjuicio irremediable que permita al juez de amparo subrogar la competencia del juez popular. La jurisdicción de lo contencioso administrativo debe determinar si el procedimiento de concesión respetó la normativa vigente y si debe o no ser clausurado de manera definitiva. La Corte, a su vez, debe examinar si hubo una inadecuada operación del proyecto de disposición final de residuos sólidos, si fueron proporcionales las medidas de compensación social en favor de la comunidad y si las autoridades encargadas del control ambiental han actuado apropiadamente frente a las denuncias de la población.

2. La Corte debe examinar si Rediba S. A., la CARS y la Alcaldía de Barrancabermeja vulneraron los derechos de los recurrentes con sus acciones y omisiones en torno al licenciamiento, construcción y operación del relleno sanitario de Patio Bonito.

Rediba S. A. no ha acatado cabalmente las obligaciones de la licencia y, con ello, ha puesto en riesgo a la población residente en las inmediaciones del relleno sanitario, que ha estado expuesta a sustancias contaminantes.

Como indicó la CARS y corroboraron la Corte, el magistrado sustanciador, la ingeniera ambiental y sanitaria y el hidrólogo, hubo un mal manejo de la separación, recolección, conducción y tratamiento de aguas de lluvias, aguas residuales y lixiviados. Además de una inadecuada instalación y funcionamiento del sistema de impermeabilización de las paredes y piso del vaso o celda actualmente en uso, que ha generado una contaminación directa del suelo y otros recursos y componentes subterráneos por percolación y filtración de lixiviados.

Estudios científicos indican que la cercanía de una población a un lugar de disposición de residuos sólidos constituye un factor de riesgo para su salud, que se incrementa cuando no es administrado según las reglas técnicas y parámetros ambientales correspondientes. Las deficiencias en la operación del relleno pueden afectar a los habitantes, sobre todo por el consumo de agua de pozos cercanos al lugar de disposición final de residuos sólidos.

Consecuentemente, Rediba S. A. vulneró los derechos a la salud, al ambiente sano y a la salubridad pública de los accionantes por incumplir las reglas operacionales de la licencia ambiental. Además, ha vulnerado el derecho a la igualdad y a la vida en condiciones dignas de los actores y de los demás residentes en la zona de influencia del relleno, pues, aunque en la licencia ambiental se establecieron como medidas de compensación el suministro de agua a seis viviendas y la contratación laboral de habitantes de Patio Bonito, no se cumplió con el deber de suministrar el recurso hídrico a la población ni se acreditó que más de tres personas de la comunidad trabajaran para la compañía. Las medidas sociales compensatorias establecidas para la construcción de un proyecto u obra buscan hacer efectiva la justicia distributiva ambiental. La autoridad competente evidenció un reparto inequitativo de las cargas públicas que debía ser superado, para no vulnerar las prerrogativas de la comunidad. Por lo demás, si bien Rediba S. A. ha tomado ciertas medidas para corregir las condiciones de operación y cumplir con la licencia ambiental, dado que la CARS es la entidad que cuenta con los medios técnicos para determinar si

las irregularidades han sido o no superadas, corresponde a ella pronunciarse sobre la eficacia de las mejoras.

La licencia ambiental otorgada por la CARS a Rediba S. A. contempló una serie de acciones que resultaron insuficientes para resarcir a la población de la zona. La Corte consideró necesario que se compense a los vecinos de los lugares de disposición final de residuos sólidos producidos por otras personas.

El sector de Patio Bonito se escogió por su ubicación en suelo rural y su relativa cercanía al perímetro urbano de Barrancabermeja, pues la norma privilegia la construcción de proyectos de este tipo en áreas agrarias cercanas a la ciudad que va a servir la obra. En Patio Bonito residen alrededor de ochenta y cinco campesinos cuyos ingresos económicos son bajos y viven de trabajos no calificados, en el campo o la industria agraria. Asimismo, la población del área de influencia del relleno reside en viviendas que no cuentan con los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, y la comunidad no se beneficia del servicio de limpieza prestado por Rediba S. A. Una vez revisada la licencia ambiental, la Corte observó que Rediba S. A tenía la obligación de tomar medidas sociales de compensación. Aunque no existió una omisión absoluta de la autoridad ambiental, las medidas resultaron insuficientes para restablecer en las cargas públicas el equilibrio alterado por la autorización para construir y operar el proyecto de disposición final de residuos en la zona de Patio Bonito.

En consecuencia, la CARS vulneró los derechos a la igualdad y a la vida en condiciones dignas de los accionantes, por haber desconocido la justicia ambiental en su dimensión distributiva cuando otorgó la licencia ambiental para construir y operar el relleno sanitario de Patio Bonito. La Corte dispuso que la revisión y ampliación de las medidas de compensación en favor de la comunidad a cargo de Rediba S. A. En caso de que las medidas afecten la sostenibilidad financiera de los negocios jurídicos celebrados por la compañía con el municipio para la prestación del servicio público de limpieza, se podrán iniciar acciones para resolver los ajustes económicos correspondientes. Por otro lado, en torno a la omisión de atender las denuncias de la comunidad frente a las irregularidades en la operación del relleno sanitario, la Corte consideró que la CARS vulneró el derecho al debido proceso administrativo de los accionantes. Para garantizar que efectivamente se continúe con el adecuado control ambiental, la Corte exigió a la CARS el ejercicio de una vigilancia e inspección exhaustiva del relleno sanitario, para superar totalmente la vulneración de la prerrogativa de los demandantes al debido proceso administrativo.

El Municipio de Barrancabermeja impidió la ejecución de las medidas adoptadas por la CARS para superar las contingencias negativas del proyecto del relleno sanitario, pues el alcalde declaró “la existencia de una situación de riesgo de calamidad pública que da lugar al estado de emergencia sanitaria” y, sobre esa base, permitió el depósito de residuos en el relleno de Patio Bonito, a pesar de que la autoridad ambiental ordenara su cierre provisional. La Corte comprendió la ponderación de derechos efectuada por el municipio, pero consideró que la solución no puede ser indefinida. Dada la importancia del control ambiental para proteger el ecosistema y del deber de colaboración de todas las instituciones, el

municipio debe adoptar un plan de contingencia para que la ciudad no enfrente un estado de emergencia sanitaria por la imposibilidad de recolectar la basura y depositarla en un lugar adecuado.

La omisión del municipio vulneró el derecho al debido proceso administrativo por desconocer el interés colectivo a la moralidad administrativa de los accionantes. A pesar de haberse dado inicio a los procedimientos legales para superar la inadecuada operación del relleno sanitario, el municipio invalidó de manera indefinida las medidas de protección adoptadas por la autoridad ambiental y desconoció su competencia constitucional en esa materia.

Por otra parte, el Municipio de Barrancabermeja desconoció el derecho al agua de los residentes en los alrededores del relleno sanitario, pues a pesar de que su obligación es garantizar el servicio público de acueducto, solo dispuso medidas que facilitarían el acceso al agua para los habitantes de la zona ante el requerimiento de la Corte.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acciones de tutela interpuestas por Rafael Leonardo Granados Cárdenas y Oswaldo López Prada c. Corporación Autónoma Regional de Santander y otros, sentencia T-227/17, del 20-4-2017, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-227-17.htm>.



Derecho ambiental. Normas ambientales. Órganos de aplicación. Derecho administrativo. Discrecionalidad de los organismos reguladores. Control judicial. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: el Servicio de Pesca y Vida Silvestre es el órgano de aplicación de la Ley de Especies en Peligro de Extinción, sancionada en 1973, en representación de la Secretaría del Interior. En el año 2001, el organismo incluyó en la lista de especies en peligro de extinción a la rana sevosa (art. 1533.a.1 del Título 16 del Código de los Estados Unidos). Esta incorporación requería que el ente seleccionara un área como “hábitat crítico” de la rana, para lo cual propuso incluir una zona ubicada en St. Tammany Parish, en el estado de Louisiana, a la que denominó “Unidad 1”. Si bien la especie alguna vez había ocupado ese hábitat, los terrenos fueron utilizados para la plantación de madera comercial y no hubo nuevos registros de las ranas en esa zona. El organismo concluyó que la Unidad 1 se encuadraba dentro de la definición legal de hábitat crítico deshabitado debido a que sus particulares estanques de reproducción de alta calidad y la distancia de las poblaciones de ranas existentes la tornaban esencial para la conservación de la especie (art. 1532.5.A.ii). Posteriormente, la entidad encomendó la realización de un estudio sobre el posible impacto económico que acarrearía la designación de hábitat crítico (art. 1533.b.2). Con respecto a la Unidad 1, el informe arrojó que la designación

podría impedir el desarrollo futuro de la zona y privar a los propietarios de ganancias de hasta casi 34 millones de dólares. No obstante, el organismo consideró que los potenciales costos no eran desproporcionados en relación con los beneficios de la conservación y designó la Unidad 1 como hábitat crítico para la rana sevosa.

La zona denominada Unidad 1 es propiedad de Weyerhaeuser y de un grupo de familias terratenientes. Interpusieron una demanda en conjunto y argumentaron que allí la plantación de madera era de dosel cerrado (es decir, cuando las copas y regiones superiores de los árboles son cerradas) y, por eso, no podía constituir un hábitat crítico para la rana sevosa, que vive en bosques de dosel abierto. El tribunal de primera instancia confirmó la validez de la designación efectuada por el organismo.

Los propietarios de las tierras impugnaron la determinación de la entidad de no excluir la Unidad 1 de la zona de hábitat crítico para la rana. Afirmaron que el organismo no había sopesado adecuadamente los beneficios de la designación frente al impacto económico, que había utilizado una metodología irrazonable para estimar ese impacto y que no había tenido en cuenta varias categorías de costos.

El tribunal de primera instancia aprobó la metodología empleada por el organismo y no consideró la impugnación de la decisión de no excluir la Unidad 1 del área designada como hábitat crítico.

El Tribunal Federal de Apelaciones confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia. Rechazó el argumento de que la definición de “hábitat crítico” contuviera algún requisito de habitabilidad y entendió que la decisión del ente de no excluir la Unidad 1 del área de hábitat crítico fue adoptada dentro del margen de discrecionalidad otorgado por ley al organismo. Por lo tanto, concluyó que no debía ser revisada.

Los propietarios interpusieron un *writ of certiorari*, que consiste en una presentación directa a la Suprema Corte de los Estados Unidos para que requiera a un tribunal inferior el envío de una causa para examinar si en el procedimiento o en la sentencia se violó algún derecho.

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos dejó sin efecto la sentencia apelada y devolvió las actuaciones.

1. De acuerdo con el art. 1533.a.3.A.i, un área puede ser designada como hábitat crítico solo si forma parte del hábitat de la especie en cuestión. Esa norma —única fuente legal para las designaciones de hábitat crítico— establece que el funcionario, a la hora de calificar una especie como en peligro de extinción, también debe “designar cualquier hábitat de esa especie considerado en ese momento como hábitat crítico”. Si bien la definición autoriza al funcionario a identificar un subconjunto de hábitats críticos, deja sin definir la categoría más amplia de hábitat.

En el caso, el organismo no puso en tela de juicio que el hábitat crítico deba constituir necesariamente el hábitat de la especie, pero argumentó que puede incluir áreas que, como la Unidad 1, requerirían ciertas modificaciones para mantener la población de una especie determinada.

Weyerhaeuser insistió en que el hábitat no puede incluir áreas donde actualmente la especie no pueda sobrevivir. Sin embargo, el organismo negó la afirmación de que la rana no podría sobrevivir en la Unidad 1.

El tribunal de apelaciones —que no tuvo oportunidad de interpretar el término “hábitat” del art. 1533.a.3.A.i ni de analizar las consideraciones de índole administrativa de la entidad con respecto a la Unidad 1— debería abordar estas cuestiones en primer lugar.

2. La decisión del funcionario de no excluir un área del hábitat crítico en términos del art. 1533.b.2 está sujeta a control judicial. La Ley de Procedimiento Administrativo crea una “presunción básica de control judicial” del accionar del organismo administrativo (*Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 US 136, p. 140, 1967). El organismo alegó que, en este caso, esa presunción no se sostiene porque la medida está “vinculada con el margen de discrecionalidad otorgado por ley al organismo” (art. 701.a.2 del Título 5 del Código de los Estados Unidos), ya que el art. 1533.b.2 no es lo suficientemente explícito para que el tribunal pueda decidir sobre el margen de discrecionalidad del organismo (cf. *Lincoln v. Vigil*, 508 US 182, p. 191, 1993).

El art. 1533.b.2 describe un procedimiento unificado para sopesar el impacto de designar un área como hábitat crítico. La primera oración de la norma exige que, antes de la designación, el funcionario “tome en consideración” el impacto económico y de cualquier otra índole. La segunda oración lo autoriza a actuar sobre la base de su criterio, pues establece que “podrá excluir cualquier área de la zona señalada como hábitat crítico si determina que los beneficios de tal exclusión son mayores que los beneficios de la designación”. La palabra “podrá” confiere un margen de discrecionalidad al funcionario, pero no le permite omitir el análisis del impacto económico o de otra clase.

El reclamo de Weyerhaeuser (acerca de que el organismo no consideró adecuadamente todos los elementos legales pertinentes para direccionar a la entidad en el ejercicio de su discrecionalidad) es la clase de causas que los tribunales federales evalúan de manera rutinaria al determinar si dejan sin efecto la decisión de determinado ente por abuso de discrecionalidad. El tribunal de apelaciones debe conocer, en primer lugar, si el análisis que realizó el organismo sobre los costos y beneficios que acarrearía la designación de la Unidad 1 como hábitat crítico, y la decisión resultante de no excluirla fueron arbitrarios o si importó un abuso de su facultad discrecional.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Weyerhaeuser Co. v. United States Fish and Wildlife Service et al.*, sentencia del 27-11-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-71_omjp.pdf.



Derecho comercial. Derecho a la libertad de empresa y de comercio. Derecho a la libre competencia. Recurso de anulación. Interés legítimo. (Bélgica).

Antecedentes del caso: una empresa farmacéutica (filial del grupo Octopharma para el Benelux), especializada en el fraccionamiento de plasma y la fabricación y distribución de medicamentos que se emplean en hematología, inmunoterapia, cuidados intensivos y emergencias médicas, denunció que el art. 73 de la Ley Marco del 26 de diciembre de 2015 —sobre la sangre de origen humano y sus derivados— extendía por un año la vigencia de una disposición transitoria de la norma de 1994 a la que modificaba. El art. 73 facilitaba que otra sociedad comercial tuviera una posición de monopolio en el fraccionamiento de plasma para la fabricación de medicamentos derivados de la sangre. Esa empresa se había beneficiado por cumplir esa función de forma temporaria, pero la Ley Marco le permitía prolongar la vigencia de los contratos exclusivos suscritos con los establecimientos encargados de recolectar el plasma en Bélgica. Por eso, Octopharma alegó que este artículo afectaba su libertad de empresa y de comercio y su derecho a la libre competencia y solicitó a la Corte Constitucional que lo anulara.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica consideró que el recurso de anulación carecía de objeto y lo declaró inadmisibile.

El accionante que interpone un recurso de anulación ante la Corte tiene que demostrar, por un lado, que posee un interés legítimo al momento de promoverlo y, por otro, que el interés subsiste hasta el dictado de la sentencia.

El Consejo de Ministros impugnó la existencia del interés de la accionante, pues señaló que la disposición cuestionada (de diciembre de 2015) extendía el régimen transitorio hasta el 31 de diciembre de 2016 y que, por lo tanto, el plazo ya había concluido. Además, afirmó que la norma discutida había sido reemplazada por el art. 84 de la ley del 18 de diciembre de 2016, que había prolongado la vigencia del régimen transitorio hasta el 1.º de diciembre de 2017. Con base en esa información, el Consejo de Ministros negó que la apelante tuviera interés en accionar, ya que no había solicitado la anulación del art. 84 de la ley del 18 de diciembre de 2016.

Octopharma justificó su abstención y alegó que se había postulado para ser adjudicatario de un contrato. Sostuvo que su interés seguía siendo actual, porque el legislador podría establecer una nueva extensión del régimen transitorio.

Sin embargo, la accionante no puede fundar su interés actual en la supresión del art. 73 de la Ley Marco del 26 de diciembre de 2015, ya que es el art. 84 de la ley del 18 de diciembre de 2016 el que previó que los compromisos contractuales asumidos por los establecimientos continuaran vigentes hasta el 1 de diciembre de 2017. A pesar de eso, no solicitó la anulación del art. 84.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 147/2017 del 21-12-2017, en <http://www.const-court.be/public/f/2017/2017-147f.pdf>.



Derecho comercial. Quiebra. Propuesta de acuerdo. Homologación judicial. *Cramdown*. Acreedor *insider* no estatutario. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: Lakeridge es una compañía que forma parte de la sociedad comercial unipersonal MBP Equity Partners. En el momento en que solicitó la quiebra regulada por el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos, tenía deudas: con el U.S. Bank, de más de 10 millones de dólares y con MBP, de casi 3 millones. Lakeridge presentó una propuesta de acuerdo que incluía un plan de reorganización de la sociedad y la modificación de los intereses debidos a ambos acreedores. El U.S. Bank rechazó la propuesta y Lakeridge no logró la aprobación del acuerdo —ver, §1129 (a)(8) del mismo Título del Código—.

Luego, Lakeridge recurrió a la llamada opción *cramdown* a fin modificar la propuesta presentada a los acreedores que no habían aceptado inicialmente su propuesta —ver §1129 (b)—. Uno de los prerrequisitos de la homologación judicial de la propuesta es el consentimiento de otra clase de acreedores perjudicados —ver §1129 (a)(10)—. Pero cuando se trata de acreedores *insider*, como en este caso, su aceptación de la propuesta del deudor no resulta suficiente para aprobar la reorganización. El concepto de *insider* se refiere a cualquier director, funcionario o persona a cargo de la sociedad —ver §101 (31) (B)(i)-(iii)—. A este respecto, para identificar a los llamados *insiders* no estatutarios, los tribunales han establecido un criterio de decisión basado total o parcialmente en la evaluación de las condiciones de igualdad en que fueron realizadas las transacciones entre el acreedor y el deudor.

Un *insider* de Lakeridge como MBP no podía dar la aprobación parcial a la propuesta para posibilitar el plan de *cramdown*, por lo tanto, la reorganización no fue posible. MBP intentó entonces, ceder su reclamo contra Lakeridge a un *no-insider* que pudiera aprobar el plan de *cramdown*.

Un miembro del consejo de administración de MBP que además era empleada de Lakeridge, Kathleen Bartlett, vendió por U\$S 5 000 los derechos de MBP a Robert Rabkin, un cirujano jubilado que no formaba parte de la compañía. Por lo tanto, Rabkin pudo aceptar la propuesta de *cramdown* de Lakeridge. El U.S. Bank se opuso a la transacción, con el argumento de que Rabkin era un *insider* no estatutario ya que tenía una relación sentimental con Bartlett y que la venta no reunía las exigencias de independencia e igualdad de las partes. El tribunal de quiebras competente rechazó la oposición del U.S. Bank.

La Cámara Federal de Apelaciones consideró que la decisión del tribunal de quiebras que declaraba satisfechas las exigencias de esa clase de transacción podía ser objeto de una revisión en términos del estándar del error manifiesto, sin embargo no la revocó.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos confirmó la sentencia apelada.

La decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de revisar la decisión del tribunal de quiebras solo en términos del estándar del error manifiesto fue

correcta. Se trata de una cuestión mixta de derecho y de hecho, a saber, si la decisión del tribunal de quiebras satisface el estándar jurídico aplicado para determinar el estatus de *insider* no estatutario del acreedor. El U.S. Bank había alegado que la decisión del tribunal de quiebras debía ser revisada *de novo*, mientras que Lakeridge (junto con el Gobierno Federal) sostenían que se debía aplicar el estándar del error manifiesto.

Según la Corte Suprema, a pesar de sus diferencias, ambas partes plantearon lo mismo: ¿cuál es, en este caso, la naturaleza de la cuestión mixta y qué tribunal de quiebras o de alzada debe resolverla? No todas las cuestiones mixtas son similares. Algunas requieren que los tribunales expliquen el criterio aplicado y que se revisen *de novo*. Otros obligan a los tribunales a expedirse sobre cuestiones de hecho específicas y, en general, deben ser revisadas teniendo en cuenta las conclusiones del tribunal inferior. En resumen, el estándar de revisión aplicable a una cuestión mixta depende de si la respuesta requiere principalmente un análisis fáctico o jurídico.

Aquí, el tribunal de quiebras se enfrentó a la cuestión de si los hechos constatados (relativos a las motivaciones de Rabkin) eran suficientes para considerarlo un *insider* no estatutario. Según el estándar jurídico aplicado por la Cámara Federal de Apelaciones para identificar a los *insiders* y poder decidir sobre la legitimidad de la transacción, la cuestión mixta consistía en determinar si la venta de los derechos de MBP a Rabkin cumplía el requisito de que las partes no tuvieran vínculo alguno. Por lo tanto, la naturaleza del caso es tanto de hecho como en cualquier otra cuestión mixta. Esta evaluación debe ser llevada a cabo por el tribunal ante el que se presenta la prueba, que recoge los testimonios y que mejor conoce el expediente, en este caso, el tribunal de quiebras. En este caso, la evaluación del tribunal de quiebras sobre las condiciones de igualdad de la transacción ha sido insuficiente, tal como surge de las decisiones judiciales ulteriores que aplicaron el concepto jurídico sin un desarrollo. La revisión de la causa en instancias superiores, incluso si se realiza *de novo*, no aclararía demasiado los principios jurídicos aplicados ni proporcionaría una orientación a otros tribunales para resolver controversias análogas. Por tanto, la cuestión debe ser resuelta por un tribunal de quiebras y solo puede ser objeto de revisión en términos del estándar del error manifiesto.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: “*cramdown*” es el mecanismo por el cual un tribunal puede confirmar un plan de reorganización en virtud de la Ley de Quiebras de los EE.UU. Sin perjuicio de las objeciones de una categoría de acreedores disidentes, puede hacerse lugar al plan de reorganización con la condición de que: a) haya sido aceptado por al menos una categoría perjudicada; b) no resulte injustamente discriminatorio, es decir, que los reclamos o intereses semejantes reciban un tratamiento similar; c) sea justo y equitativo. Respecto de los acreedores garantizados, generalmente exige que reciban por lo menos el valor equivalente a su garantía. Respecto de los no garantizados, suele exigir el cumplimiento de la norma de prioridad absoluta. En relación con las hipotecas, las modificaciones vinculadas a los programas gubernamentales de rescate propusieron normas que autorizan a los jueces del tribunal de quiebras a modificar los términos de las hipotecas para los prestatarios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *U.S. Bank N. A., Trustee, by and Through CWCapital Asset Management LLC v. Village At Lakeridge, LLC*, sentencia del 5-3-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/15-1509_4fbi.pdf.



Derecho constitucional. Control de constitucionalidad. Estado de emergencia. Control judicial de decretos leyes sancionados durante estado de emergencia. (Turquía).

Antecedentes del caso: el 20 de julio de 2016 —cinco días después de un fallido golpe de Estado—, el presidente Erdoğan y el Consejo de Ministros declararon el estado de emergencia a nivel nacional. El art. 148 de la Constitución dispone que la inconstitucionalidad formal o sustancial de los decretos leyes dictados durante los estados de emergencia no puede ser denunciada ante el Tribunal Constitucional.

En 1991, el Tribunal Constitucional (decisiones E. 1990/25, K. 1991/1, E. 1991/6, K. 1991/20, E. 1992/30, K. 1992/36 y E. 2003/28, K. 2003/42) resolvió que el estado de emergencia se rige por la Constitución, por lo que las medidas adoptadas durante esos períodos son justiciables y no están exentas de control judicial. De este modo, eludió la prohibición explícita del art. 148 de la Constitución y resolvió, en varios casos, que tenía jurisdicción para determinar si los decretos leyes sancionados durante los estados de emergencia estaban exentos del control de constitucionalidad. Revisó la constitucionalidad de las normas que no consideró excluidas y elaboró jurisprudencia. Estableció tres condiciones para eludir la prohibición: 1) las normas tenían que ir más allá de imponer una medida transitoria, tal como la naturaleza del estado de emergencia exige; 2) debían aplicarse más allá del territorio donde regía el estado de emergencia; 3) no tenían que ser proporcionales a los fundamentos y objetivos por los que se había dictado el estado de emergencia. Cuando se reunían estas tres condiciones, el Tribunal determinaba que se habían ejercido abusivamente las atribuciones para dictar decretos leyes en estado de emergencia y analizaba su constitucionalidad como decretos leyes ordinarios. En ese momento, aceptó las peticiones del principal partido de la oposición y anuló algunos decretos leyes dictados en estado de emergencia.

En 2016, algunos de los decretos leyes emitidos después de la declaración de estado de emergencia contenían medidas vinculadas con la estructura de ciertas instituciones y organizaciones, reformas de leyes ordinarias que iban a seguir vigentes después de que el período de emergencia hubiera finalizado, el despido de miles de empleados públicos y de académicos y la clausura de algunos periódicos, radios y canales de televisión de izquierda. El partido opositor CHP alegó que esa clase de disposiciones no podían ser consideradas decretos leyes relativos al estado de emergencia y que admitían un control judicial. Sostuvo, además, que violaban el preámbulo y algunos artículos de la Constitución.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Turquía no examinó los decretos leyes cuestionados (dictados durante el estado de emergencia declarado en julio de 2016) y desestimó, por falta de jurisdicción, la solicitud de declararlos nulos.

Si bien el Tribunal tiene facultades discrecionales para determinar la naturaleza jurídica de una norma, como ya lo ha hecho en los años 90, no debe excederse del marco constitucional.

El criterio previamente adoptado por el Tribunal vació de contenido la prohibición constitucional, incluida en el art. 148, de revisar formal y sustancialmente los decretos leyes dictados en estados de emergencia.

Por lo tanto, el Tribunal modificó la jurisprudencia y propuso una interpretación más positivista de la Constitución. Aseguró que, de acuerdo con la redacción del art. 148, el fin perseguido por sus redactores y la legislación relevante, los decretos leyes dictados en estado de emergencia no pueden ser objeto de revisión bajo ningún fundamento.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE TURQUÍA, sentencia del 12-10-2016, reseña del fallo por KÖYBAŞI, Serkan, en ALBERT, Richard, LANDAU, David, FARAGUNA, Pietro y DRUGDA, Simon (eds.), *2016 Global Review of Constitutional Law* [en línea]. New York - Boston: ICONnect - Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2017, pgs. 218-219, en <http://www.bc.edu/content/dam/files/centers/clough/constitutional-law/ReviewofConLaw-final.pdf>. ISBN: 978-0-692-92516-4.



Derecho de Familia. Adopción forzosa. Padres de acogida. Interés superior del niño. (Noruega).

Antecedentes del caso: C nació en agosto de 2013. Poco después ingresó a un servicio de cuidados de emergencia y, antes de cumplir un año, fue trasladado a un hogar de acogida donde sigue viviendo hasta la actualidad. Es un niño con problemas psicosociales y trastornos de desarrollo. En muchos aspectos demuestra un considerable retraso en comparación con los niños de su edad.

A y B son los padres biológicos de C. Se separaron dos meses después del nacimiento del hijo, se divorciaron en 2014 y actualmente no mantienen contacto entre sí. Los padres de acogida de C deseaban adoptarlo.

El Consejo de Bienestar Social del Condado dispuso privar de la responsabilidad parental a A y B y autorizó la adopción forzosa de C según lo dispuesto en el art. 4.20 de la Ley de Bienestar Infantil. A, con el apoyo de B, interpuso un recurso ante la Suprema Corte de Noruega contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Frostating, que había confirmado la medida del Consejo.

A sostuvo que una adopción forzosa solo puede justificarse por razones de peso que, en este caso, no existían. Asimismo, manifestó que ella y B coincidían en considerar beneficioso que C viviera con su familia de acogida y que no se opondrían, pero que era prematuro autorizar la adopción, ya que implicaba excluir a los padres biológicos de todo contacto con el niño.

Por su parte, la municipalidad de X, representada por el Servicio de Bienestar Infantil, sostuvo que la decisión de la Corte de Apelaciones de Frostating era correcta y que estaban dadas las condiciones para autorizar la adopción. Agregó que todos los peritos coincidían en que la adopción resultaría beneficiosa para C.

Sentencia: la Suprema Corte de Noruega desestimó el recurso.

El derecho a la adopción forzosa está regulado por el art. 4.20 de la Ley de Bienestar Infantil. En este caso, las partes coincidieron en que están dadas las condiciones previstas en esa norma, que son las siguientes: a) debe existir la probabilidad de que los padres estén incapacitados de modo permanente para brindar al niño los cuidados adecuados, o bien que él se encuentre muy apegado a las personas o al entorno en que vive, de manera que alejarlo podría causarle graves problemas; b) la adopción se realizará de acuerdo con el interés superior del niño; c) los solicitantes de la adopción fueron los padres de acogida del niño, que demostraron ser capaces de educar al niño como si fuera propio, y d) se cumplen las condiciones para otorgar la adopción establecidas en la Ley de Adopción.

La Suprema Corte consideró evidente que los padres de C están incapacitados de modo permanente para brindarle los cuidados adecuados. Además, el niño desarrolló un fuerte apego a su familia de acogida, que, en consecuencia, resulta irremplazable. Por otro lado, no cabe duda de que C es extremadamente dependiente de sus padres de acogida, quienes demostraron ser capaces de criarlo como si fuera su propio hijo, tal como lo reconocer los padres biológicos.

El art. 104.2 de la Constitución de Noruega establece que respetar el interés superior del niño, en las decisiones que lo involucren, será fundamental. Por otra parte, el legislador noruego considera esencial que el niño crezca en condiciones de certidumbre con respecto a su futuro. Asimismo, señala que, según datos aportados por las investigaciones, la adopción puede comportar una crianza más segura y predecible que una estadía prolongada en una casa de acogida.

El interés superior del niño es la consideración más importante para decidir sobre un caso de adopción. Como es una medida sumamente radical e irreversible, la adopción solo puede justificarse por razones de peso. Siempre debe establecerse un adecuado equilibrio entre esas razones y las consecuencias de la adopción en los contactos entre el niño y sus padres biológicos. Así, cuando el contacto ha sido escaso o nulo, la protección de la vida familiar cobrará menor peso que si hubiera habido un vínculo mayor.

Ahora bien, este caso no comporta la posibilidad de que C vuelva a vivir con uno o ambos padres biológicos. Desde su nacimiento, quedó en evidencia que ninguno de ellos debería tener responsabilidad parental. En efecto, nunca vivió ni tuvo contacto con ellos desde sus primeros días de vida. Por consiguiente, no hubo

ni habrá una vida familiar ordinaria para el niño y sus padres biológicos, y lo más probable es que C continúe viviendo con sus padres de acogida.

Los peritos afirmaron que C es muy vulnerable, que necesita una protección especial y que padece graves trastornos de desarrollo. Sus habilidades lingüísticas corresponden a las de un niño menor, percibe con retraso los números, cantidades y tiempo y tiene dificultades para regular sus emociones. Además, tiene problemas de sueño, no juega como un niño de su edad, no es autónomo para alimentarse y todavía utiliza pañales por la noche. Por otra parte, tiene poca tolerancia para interactuar con desconocidos y es vulnerable a los cambios bruscos, a las situaciones para las que no está preparado y a la ausencia no programada de sus padres de acogida. Los peritos informaron que no se le detectaron trastornos en los cromosomas y que los temblores, la inquietud y las dificultades que presentó en su nacimiento pudieron haber sido consecuencia de que la madre consumiera ciertas sustancias o drogas durante el embarazo. En cuanto a ella, también vivió en un hogar de acogida durante su niñez y tiene trastornos cognitivos y discapacidad intelectual. Asistió solo a la escuela primaria, nunca tuvo un empleo normal y, según afirma, espera obtener un seguro de invalidez. La situación del padre de C es muy similar.

De acuerdo con los peritos, la adopción puede implicar un gran número de ventajas. De hecho, todos los niños que viven con una familia de acogida suelen tener la sensación de estar viviendo en un estado de emergencia. Por eso, la adopción contribuye a normalizar la situación familiar. C necesita mayor estabilidad y protección que otros niños y sus padres de acogida pueden brindárselas a través de la adopción. Si la Suprema Corte no la autorizara, los padres biológicos tendrían derecho a recurrir en un corto plazo y su actual sensación de seguridad en la vida y de pertenencia a su familia de acogida será reemplazada por un sentimiento de confusión. La circunstancia de que los padres de acogida tengan la total responsabilidad legal por él genera estabilidad y previsibilidad. Un vínculo legal entre C y sus padres de acogida puede ser de gran importancia para él, inclusive en su edad adulta.

Las posibles desventajas de la adopción se relacionan con los vínculos entre C y sus padres biológicos. En rigor, siempre debería evitarse la ruptura de los lazos biológicos. Sin embargo, existen varias razones por las que, en el caso, este aspecto no es tan relevante.

En primer lugar, los lazos sociales entre el niño y su familia biológica nunca existieron, puesto que los padres de C no tuvieron contacto con él durante sus cinco años de vida. Este factor es fundamental para evaluar el interés superior del niño.

En segundo lugar, no queda claro que los trastornos de desarrollo de C le permitan, en algún momento, comprender el significado de “familia biológica”. De acuerdo con el análisis de los peritos, sería perjudicial que sus padres biológicos se presentaran como “madre” y “padre” y el contacto con ellos podría afectar la salud mental del niño.

En tercer lugar, los peritos señalan que C podría beneficiarse de un contacto con sus padres biológicos, ya que, de esa manera, más adultos lo cuidarían y estarían atentos a sus cumpleaños, etc. Sin embargo, como es un niño particularmente vulnerable, deben ser los padres de acogida quienes regulen esa situación. Ellos son

las personas adecuadas para evaluar hasta qué punto es capaz de entender su propia historia, y si el contacto con sus padres biológicos puede ser relevante. Según los peritos, podría establecerse alguna forma de contacto con los padres biológicos si favorece el interés superior del niño. Mediante la adopción, esa decisión será tomada formalmente por los padres de acogida y se realizará en un marco de estabilidad y seguridad.

En este contexto, la adopción es claramente más beneficiosa para C que continuar con su familia de acogida, ya que circunstancias excepcionales la justifican. Asimismo, la autorización del Consejo de Bienestar Social del Condado está motivada por una exigencia imperativa vinculada con el interés superior del niño.

SUPREMA CORTE DE NORUEGA, *AB v. The municipality of X*, sentencia del 11-9-2018, en <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2018-1720-a.pdf>.



Derecho de familia. Derecho a la identidad. Demanda de filiación. Objeción de la presunción de paternidad. Plazo de prescripción. Derecho al respeto a la vida privada. (Bélgica).

Antecedentes del caso: en 2013, Delphine Boël se presentó ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas para definir su parentesco con el ex rey Alberto II (quien había abdicado en favor de su hijo Felipe ese mismo año) y para demostrar que Jacques Boël no era su padre biológico.

Como esta acción se inició 28 años después de que Delphine Boël fuera informada por su madre de que Jacques Boël no era su padre, el tribunal señaló que había prescrito el plazo, establecido por el Código Civil, de un año desde que tomó conocimiento del hecho para interponer la demanda de filiación.

En 2014, el tribunal formuló algunas cuestiones prejudiciales y las elevó a la Corte Constitucional de Bélgica. Una de ellas consistía en la revisión de la constitucionalidad de la normativa del Código Civil que establece el plazo de un año para que un joven de más de 22 años pueda, luego de descubrir que su supuesto padre no lo es, objetar la presunción de paternidad del marido de su madre.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica declaró que la obligación, recogida en el Código Civil, de interponer las demandas sobre filiaciones antes de que el accionante tenga 22 años de edad o dentro del año posterior a que tomó conocimiento de que su padre biológico era otra persona era inconstitucional. En consecuencia, la recurrente puede continuar con el proceso iniciado en 2013 para definir su parentesco con Alberto II.

El establecimiento del plazo de un año pretendió limitar en el tiempo la posibilidad de objetar la paternidad y, de este modo, asegurar los lazos filiales y la paz familiar. Sin embargo, la norma cuestionada afecta desproporcionadamente el derecho al respeto de la vida privada del niño, ya que un plazo corto de prescripción puede privarlo de acceder a un tribunal que analice los hechos y considere los intereses de las partes involucradas.

En consecuencia, el derecho de una persona a conocer la identidad de su padre biológico predomina sobre la seguridad jurídica de los lazos familiares existentes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 18/2016 del 3-2-2016, en <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-018f.pdf>.



Derecho de familia. Derecho a la identidad. Derecho a la igualdad. Libertad de elección del apellido. Discriminación hacia la mujer. Doble apellido. (Bélgica).

Antecedentes del caso: en 2014, el Código Civil fue reformado para garantizar la libertad de elección y la igualdad entre el hombre y la mujer en relación con el modo en que los apellidos pasan a los hijos. La nueva normativa permite a los padres optar entre el apellido paterno, el materno o un doble apellido, que contenga a ambos, en el orden indicado por la pareja. Si los padres no se ponen de acuerdo en la elección del apellido o no seleccionan una de las opciones previstas, el niño será registrado con el apellido paterno.

Una mujer denunció que la norma constituía un trato discriminatorio hacia la mujer (contrario a los arts. 10 y 11 de la Constitución y al art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos), ya que permitía al padre obstaculizar la combinación de apellidos si manifestaba su desacuerdo. Argumentó que, de este modo, la ley otorgaba al hombre el derecho absoluto y arbitrario de oponerse a la atribución del doble apellido. En este caso específico, la accionante alegó que el marido la había abandonado durante el embarazo (que él había propuesto interrumpir), que había estado ausente en el parto y que no había cumplido las obligaciones alimentarias que tenía con su hija. Sin embargo, como el padre había rechazado la combinación de ambos apellidos por la aplicación de la nueva normativa, la niña tenía solo el apellido paterno. Además, cuestionó que la ley no preveía ningún recurso para la madre si el padre se negaba a aceptar el doble apellido.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica declaró que había habido una violación al principio de igualdad (art. 10 de la Constitución) y anuló la norma cuestionada.

Consideró que la voluntad del legislador en el momento de sancionar la ley, de acuerdo con los antecedentes legislativos, había sido instaurar la igualdad entre el hombre y la mujer en el modo de transmitir el apellido a los hijos. Destacó la decisión de privilegiar la libertad de elección de ambos padres y la intención de establecer un mecanismo simple, rápido y uniforme para hacerlo. Además, observó que, a diferencia del nombre de pila, la atribución del apellido estaba determinada por la ley y fundada en razones de utilidad social. En esta materia, el legislador cuenta con una amplia discrecionalidad.

Sin embargo, a pesar de que el derecho a transmitir un apellido a un hijo no puede ser considerado un derecho fundamental, los padres poseen un interés claro y personal en participar en este proceso.

Además, las razones alegadas por el legislador para dar preferencia al apellido paterno —la tradición y la pretensión de hacer progresos graduales y no bruscos— no justifican el trato diferencial acordado a los varones en función del sexo ni coinciden con el objetivo de la ley de garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer. De hecho, la disposición cuestionada ofrecía al padre un derecho de veto que la madre no tenía.

Con el fin de evitar la inseguridad jurídica y permitir al legislador adoptar una nueva normativa, la disposición anulada continuó vigente hasta el 31 de diciembre de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 2/2016 del 14-1-2016, en <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-002f.pdf>.



Derecho de Familia. Discriminación. Sucesión. Matrimonio y unión estable. Derecho a la igualdad. (Brasil).

Antecedentes del caso: los accionantes promovieron, ante el Tribunal Supremo Federal, dos recursos extraordinarios relativos a la equiparación entre cónyuge y compañero a los fines sucesorios en distintos tipos de uniones. Uno de los recursos abordó la sucesión en una pareja heterosexual y el otro en una homosexual, y fueron resueltos en forma conjunta.

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Brasil declaró inconstitucional el art. 1790 del Código Civil, que establece diferencias entre compañero y cónyuge en relación con la participación en la sucesión de bienes. Como no existe un elemento que justifique el trato diferenciado entre ambas figuras, los efectos de la normativa del código son válidos con independencia de la orientación sexual.

El Tribunal Supremo ya había considerado que las uniones homosexuales eran equivalentes a las heterosexuales, por lo que los argumentos deben ser semejantes

en la reglamentación de ambas. Además, dos leyes sancionadas después de la Constitución de 1988, la 8971/1994 y la 9278/1996, equipararon los regímenes jurídicos sucesorios del matrimonio y de la unión estable.

Por otro lado, el Código Civil, vigente desde 2003, fue elaborado a partir de un debate realizado en los años 70 y 80, cuando todavía no se discutían varios temas relevantes en la actualidad. Por lo tanto, está relativamente atrasado en cuestiones de familia. En este sentido, cuando el Código Civil dispuso diferencias entre el matrimonio y la unión estable, estableció un retroceso y una jerarquización entre las familias que la Constitución no admite. Así, el art. 1790 es inconstitucional porque viola principios como la igualdad, la dignidad de la persona humana, la proporcionalidad y la prohibición de retroceso.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, sentencia de apelaciones extraordinarias *RE 646721* y *RE 878694* del 10-5-2017, en <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf> y <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>.



Derecho de familia. Guarda y custodia de los hijos menores. Interés superior del menor. Perspectiva de género. (México).

Antecedentes del caso: en el marco de un proceso de divorcio incausado que un hombre solicitó contra su esposa, un juez de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México declaró la disolución del vínculo matrimonial. El actor promovió un incidente de guarda y custodia de las hijas menores. A su vez, la demandada promovió un incidente de guarda y custodia, primero provisional y luego definitiva, exigió el aseguramiento y pago de pensión alimenticia y el establecimiento del régimen de visitas y convivencias.

El juez admitió los incidentes y estableció que, hasta que determinara la guarda y custodia provisional, el actor tendría a las menores bajo su cuidado. Poco después, efectivamente, le otorgó la guarda y custodia provisional de las menores. Luego, admitió un tercer incidente promovido por la demandada, suspendió el ejercicio de la patria potestad del actor con base en que la guarda y custodia le correspondían a la madre y estableció un régimen de convivencia entre el actor y las menores.

El actor apeló la resolución ante la Sala Quinta Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, que modificó la sentencia en cuanto a los efectos de la alienación parental en relación con la patria potestad, el modo de entrega de las menores y la temporalidad de la pensión compensatoria.

Entonces, el actor, por derecho propio y en representación de sus hijas menores, promovió un amparo directo ante el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito entre otras cuestiones, para que se fundara y motivara cuál

de los padres resultaba más idóneo para tener bajo su guarda y custodia a las menores. El Tribunal admitió el amparo. La Quinta Sala Familiar dictó una nueva sentencia en la que, entre otras cuestiones, decidió que, por la edad de las menores, lo más beneficioso era que la guarda y custodia quedara a cargo de la madre.

En desacuerdo con la decisión, el actor —por sí y en representación de sus hijas menores— promovió un segundo juicio de amparo directo. Argumentó que la sala había evaluado de modo inadecuado algunas pruebas testimoniales y periciales; que se había cumplido de manera indebida la ejecutoria de amparo anterior porque la sala volvió a valorar las mismas pruebas; que había evaluado incorrectamente las evidencias psicológicas, y que no había tomado en cuenta todas las manifestaciones de las menores sobre la presunta violencia familiar provocada por la madre. Además, afirmó que las opiniones de las menores habían sido valoradas sobre la base de una apreciación subjetiva de género, pues, pese a que habían denunciado que la madre ejercía violencia sobre ellas, la sala le otorgó la guarda de todas formas. Sostuvo que hubo una discriminación de género en su contra porque se decidió que las menores fueran custodiadas por la madre, dado que estaban por entrar a la pubertad. Si bien las menores, al convivir con la madre, habían restablecido el lazo filial, no debía soslayarse el fuerte vínculo con el padre y que no existían diferencias por razones de género. Agregó que el hecho de que las menores sean mujeres y estén por entrar a la pubertad no resulta un obstáculo para cumplir con los deberes de custodia paternos. Del mismo modo, alegó haber sido discriminado dado que la sala había considerado que carecía de tiempo para cuidar a las niñas por razones laborales, y afirmó que el derecho de hombres y mujeres a trabajar no implica descuidar a los hijos. Finalmente, solicitó que se tomara en consideración que las menores habían vivido cuatro años con él, que no existía prueba que desacreditara su labor como custodio y que constituiría un acto cruel cambiar la vida y condiciones de las niñas a partir de apreciaciones subjetivas de género y elementos probatorios fuera de juicio.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito denegó el amparo. Consideró que el actor había permitido que las menores cursaran sus estudios de forma virtual, lo que, si bien había tenido lugar durante la disputa entre los padres por la guarda y custodia, implicaba un comportamiento violento. Además, señaló que la violencia que ambos padres habían ejercido entre ellos había impactado como violencia familiar sobre sus hijas menores, citó los arts. 1.º de la Constitución Federal, 29 de la Convención Americana y 5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en cuanto al principio *pro persona* y desarrolló la importancia del derecho familiar en el orden jurídico mexicano y en los diversos instrumentos internacionales. Tomó en cuenta el marco normativo en materia de derechos humanos en casos relativos a menores de edad, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de proteger el interés superior de los menores, sus derechos y sus relaciones familiares, y expresó que todas las contiendas judiciales de este tipo deben resolverse en favor del interés superior del menor. Advirtió de manera objetiva la violencia psicológica ejercida sobre las menores, a partir de la definición de violencia familiar expresada en el art. 323 *quater* del Código Civil para el Distrito Federal (CCCM). Ambas partes reconocieron haber trasladado sin motivo a sus hijas menores del domicilio

habitual a otro, lo que justifica el supuesto de violencia familiar psicoemocional. Constató que no existían pruebas que demostraran que las menores corrían peligro en el domicilio de la madre y, a su vez, que la conducta del padre al desplazarlas del domicilio habitual no buscaba causarles daño. Consideró infundada la justificación del padre en relación con el tiempo durante el que había cuidado a sus hijas (cuatro años), pues las había apartado del sistema escolarizado e inscripto en una escuela en línea, lo que provocó un retraso en el desarrollo físico y psicológico de las menores.

Con relación a la conducta de la madre, advirtió la presunción de que el mal vínculo entre los padres y el hecho de que trasladaran sus problemas a las menores, hasta provocarles sentimientos negativos hacia la persona con la que no vivían, suponía ejercer violencia familiar. La convivencia entre la madre y sus hijas había estrechado el vínculo, y no existían datos que determinaran fehacientemente y sin lugar a dudas que la integridad física, emocional o moral de las menores hubiera corrido peligro. Por ello, el Tercer Tribunal Colegiado estimó correcto que la sala hubiera tomado en cuenta el conflicto entre los padres para determinar a quién debía otorgarse la guarda y custodia. Las menores estaban por entrar en la pubertad y, por otra parte, no había quedado demostrado que la progenitora representara un peligro para su desarrollo sano y normal, por lo que consideró más conveniente decretar la guarda y custodia definitiva a favor de la madre. En términos del art. 282, inc. b, fracción II, del CCCM, otorgar la guarda y custodia a la madre, cuando se trata de menores de doce años, constituye un principio rector, con base en que la mujer está capacitada para atenderlos con mayor eficacia, esmero y cuidados, a menos que el padre demuestre que la conducta de la madre puede ser dañina para la salud e integridad de los hijos. Además, resultaba conveniente que se encontraran cerca de la madre para que pudiera auxiliarlas y dirigir las ante los cambios propios de la pubertad. La presunción a favor de la madre tiene sustento en la realidad social y las costumbres imperantes en el núcleo social nacional, pues casi siempre corresponde a las mujeres la atención y cuidado de los hijos. Deberían existir pruebas suficientes de una conducta nociva o contraria a la formación, educación e integración socioafectiva de las menores para no otorgar la guardia y custodia a la madre.

El padre interpuso un recurso de revisión contra la sentencia en la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia.

Sentencia: la Suprema Corte de Justicia de México revocó la sentencia recurrida y devolvió los autos al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

1. La Suprema Corte debió determinar si la interpretación del Tercer Tribunal Colegiado en relación con la guarda y custodia de las menores en términos del art. 282, apartado b, fracción II, tercer párrafo, del CCCM es acorde al orden constitucional y convencional. En este asunto opera la “suplencia de la queja”, ya que su resolución implicaba la afectación de la esfera jurídica de dos menores.

2. Según el recurrente, el Tercer Tribunal Colegiado vulneró los arts. 1 y 4 CPM, en particular la prohibición de discriminación con motivo de género y el interés superior del niño. Al determinar la guarda y custodia de sus hijas en términos

del art. 282, el tribunal consideró que “por razones naturales, principalmente culturales y sociales, dentro del núcleo social nacional la mujer es quien se encuentra más capacitada para atender con mayor eficiencia, esmero y cuidados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquella puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos”. Además, el accionante cuestionó la idea de que las menores debían estar cerca de la figura materna porque “son mujeres y están por entrar a la etapa de la pubertad, por lo que ella las podrá auxiliar y dirigir a través de los cambios que se presenten en esta etapa biológica”.

3. La Suprema Corte consideró fundado el planteo.

En otras oportunidades, la Corte estudió si la preferencia que el art. 282 otorga a la madre como encargada de la guarda y custodia de los menores de doce años resulta contraria a los arts. 1 y 4 CPM. La Corte destacó la evolución del criterio de sus sentencias, que interrumpió la doctrina de la existencia de interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad fijada por el Código Civil aplicable por estar más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado.

En efecto, a partir de lo dispuesto en la Convención Americana, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte resolvió que, si bien son constitucionales las normas que privilegian que los menores permanezcan hasta cierta edad con su madre, el juez puede determinar, en aras del interés superior del menor, que permanezcan bajo la guarda y custodia del padre. Reconoció que las normas que otorgan preferencia a la madre se fundamentan en la visión estereotipada de que la mujer goza de una aptitud específica para cuidar a los hijos, lo que se opone al principio de igualdad, por el cual hombres y mujeres gozan de los mismos derechos y obligaciones en la familia. La Corte también se separó de los argumentos que justifican la preferencia de la madre debido a “la realidad social y las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional”, pues los roles de la madre y el padre en el seno familiar han evolucionado hacia una mayor participación del padre en las labores de cuidado de los niños.

En reiteradas ocasiones la Sala se ha pronunciado en el sentido de que, a la luz del art. 4 CPM, el principio del interés superior del menor debe ser el criterio rector en cualquier decisión sobre la guarda y custodia de los menores. El juez tiene que examinar minuciosamente las circunstancias específicas en cada caso para poder encontrar una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deberán ser preponderantes.

En términos del orden constitucional mexicano, no es aceptable presuponer la idoneidad absoluta de ninguno de los padres, pues están igualmente capacitados. Así, ante supuestos taxativos para el otorgamiento de la guarda y custodia, el juez deberá valorar las circunstancias de cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral del menor.

El interés superior del menor es condición indispensable para la eficacia de la guarda y custodia. No deben ser las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinen las medidas, sino exclusivamente el bienestar de los hijos.

4. Las dinámicas familiares son complejas y variadas, de manera que el sistema de custodia más beneficioso para los menores exige de un cuidadoso examen de elementos personales, materiales, familiares, sociales y culturales, entre otros.

El análisis debe prescindir de los estereotipos de género. De otro modo, se simplifica la comprensión de las complejas dinámicas familiares y se dejan de lado las particularidades reales de cada individuo, independientes del género.

5. El Tercer Tribunal Colegiado desatendió la interpretación constitucional de la Corte en relación con el principio del interés superior del menor en la determinación de la guarda y custodia, particularmente ante las disposiciones normativas que otorgan preferencia a la madre.

En efecto, aunque ambos progenitores habían ocasionado situaciones de violencia familiar, la guarda y custodia se determinó a partir de la consideración de que la madre era más apta para cuidar a sus hijas en virtud de que son mujeres y están por entrar a la etapa de pubertad. El tribunal, sin analizar la razonabilidad de las circunstancias particulares del caso, basó la decisión en el estereotipo de género. Partió de una presunción de idoneidad absoluta a favor de la madre y fijó el interés superior de las menores de manera abstracta o general, sin tener en cuenta la complejidad de la dinámica familiar, el desarrollo progresivo de las menores ni los efectos del divorcio y la violencia familiar.

6. El interés superior del menor no se salvaguarda por la sola previsión legal de los supuestos que el legislador haya considerado apropiados para preservar ese principio, incluso cuando se hubieran previsto escenarios de excepción, como que la madre sea generadora de situaciones de violencia o que exista un peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. Cada uno de los supuestos exige un análisis de razonabilidad, libre de estereotipos de género, a fin de alcanzar la mejor solución para los menores.

El Tercer Tribunal Colegiado consideró que los supuestos taxativos previstos en el art. 282, apartado b, fracción II, párr. 3, CCCM eran armónicos con el interés superior de las menores pues no existían elementos que acreditaran que la progenitora implicaba un peligro grave para el desarrollo de las niñas. Aunque ambos padres habían ejercido violencia familiar contra sus hijas, estimó adecuada la concesión de la guarda y custodia a la madre, en razón de su mayor aptitud para educar a las niñas durante la pubertad, pero omitió el análisis de otros elementos personales necesarios para determinar el mejor escenario para el desarrollo integral de las hijas. De este modo, vulneró el principio de igualdad conforme al cual madres y padres no deben ser estereotipados a partir de la asignación social y cultural de roles, y también el interés superior de las menores, que exige buscar la mejor solución para ellas. Por tanto, en este caso, el Tercer Tribunal Colegiado omitió realizar un análisis de razonabilidad libre de estereotipos de género.

Si bien el Tercer Tribunal Colegiado en su sentencia recogió diversas consideraciones de la Corte en relación con el interés superior del menor, así como referencias a convenios internacionales en la materia, lo cierto es que desarrolló un análisis contrario a los principios constitucionales que rigen la materia, así como a

las interpretaciones de la Corte. Se basó en el supuesto que estimó menos perjudicial para las menores: aunque ambos progenitores habían cometido actos de violencia familiar, resolvió partir de la predeterminación o perjuicio sexista de que las futuras adolescentes estarían mejor a cargo de su madre, quien las podría “auxiliar y dirigir a través de los cambios que se presenten en esta etapa biológica”.

La decisión no atendió al interés superior de las menores, sino que, a la luz de la determinación del art. 282 CCCM, resolvió de manera automática y sin más razonamiento a favor de la madre, y exigió al padre demostrara alguno de los supuestos de excepción previstos en la normativa.

Tal decisión es contraria a la doctrina desarrollada por la Corte, que sostiene que el principio del interés superior del menor es piedra angular en la institución de la guarda y custodia y que no es aceptable ninguna presunción de idoneidad a favor de alguno de los progenitores.

7. La Corte revocó la resolución recurrida. Ordenó al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que deje sin efectos la sentencia y, en su lugar, dicte una nueva en la que analice la totalidad del material probatorio a la luz del interés superior del menor y de la interpretación del art. 282, apartado b, fracción II, tercer párrafo CCCM, para determinar el escenario más benéfico para las menores y resolver sobre su guarda y custodia.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, México, amparo directo en Revisión 1958/2017 interpuesto contra la sentencia del 8-11-2016 dictada por la Sala 5° de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, sentencia del 16-8-2017, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=213507>.



Derecho de huelga. Alcances. Profesiones excluidas. Seguridad pública. Constitucionalidad. Derecho a la igualdad. (Brasil).

Antecedentes del caso: se interpuso un recurso extraordinario contra una sentencia que declaró imposible extender a los policías civiles la prohibición del derecho de huelga de los policías militares.

Sentencia: El Tribunal Supremo Federal de Brasil hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto.

Voto del ministro Alexandre de Moraes:

El ejercicio del derecho de huelga, en cualquiera de sus formas o modalidades, está vedado a los policías civiles y a todos los funcionarios públicos que se desempeñan en el área de la seguridad pública.

Una interpretación teleológica de los arts. 9, 37 VII y 144 de la Constitución Federal (CF) prohíbe la posibilidad de ejercer el derecho de huelga a todas las carreras policiales. Asimismo, resulta innecesario hacer una analogía del art. 142.3 IV CF con la situación de los policías militares.

La Constitución confiere un trato diferencial a las carreras policiales y las excluye del capítulo relativo a los funcionarios públicos. En efecto, las carreras policiales son estatales y no tienen un equivalente en la actividad privada, ya que constituyen el brazo armado del Estado para garantizar la seguridad pública, así como las Fuerzas Armadas son el brazo armado para asegurar la seguridad nacional.

En oposición a lo que ocurre con los servicios de educación y salud —que son fundamentales para el Estado, pero que tienen prestadores privados—, no existe posibilidad alguna de que la seguridad pública sea brindada por la Policía Militar, por la Policía Judicial, Civil o Federal. En otras palabras, un organismo privado no puede suplir esta actividad, que es importantísima en sí misma y que, si se paralizara, afectaría el ejercicio del Ministerio Público y del propio Poder Judicial.

Por consiguiente, se le debe acordar un trato diferente al mantenimiento de la seguridad pública tanto en las bonificaciones como en las cargas. En efecto, una persona que opta por la carrera policial sabe que se somete a un régimen jerárquico y disciplinario y que tiene prevista una jubilación especial, diferente a la de las demás actividades del servicio público. Los policías están armados 24 horas por día y la ley los obliga a intervenir en cualquier delito flagrante. También deben cuidar su propia seguridad y la de su familia, ya que están más expuestos a los actos vindicativos del crimen organizado que cualquier otra autoridad pública. En razón de estas particularidades, los policías no pueden estar desarmados en reuniones, manifestaciones o marchas.

Si se examinan los Anales de la Convención Constituyente relativos al art. 144 CF y a las carreras policiales, se puede constatar que sus discusiones tenían una doble finalidad: por un lado, atender los reclamos sociales para mejorar la seguridad pública (en Brasil se registran alrededor de cincuenta y ocho mil muertes violentas y cincuenta y dos mil homicidios dolosos por año) y, por otro, reducir la eventualidad de una intervención de las Fuerzas Armadas en cuestiones internas que pueda facilitar el rebrote del autoritarismo.

La policía, que constituye el brazo armado del Estado, tiene la responsabilidad de garantizar la seguridad pública y la democracia. Por eso, no se puede permitir que haga huelga. Además, en razón de una creciente necesidad de garantizar la ley y el orden, se ha utilizado a las Fuerzas Armadas para defender la seguridad pública, justamente lo que la Constitución procuró evitar con la equiparación y la existencia de carreras policiales permanentes en un Estado democrático.

En este caso no se trata de la existencia de una contradicción entre el derecho de huelga y el principio de la continuidad del servicio público o de su prestación. Existe un conflicto entre el derecho de huelga, por un lado, y el derecho de la sociedad a la garantía de la seguridad pública, del orden público y de la paz social, por el otro.

En relación con este aspecto de las carreras policiales, en este caso es preciso evaluar de forma más profunda las cuestiones de la seguridad pública, del orden público y de la paz social. Una huelga de los cuerpos policiales puede provocar una ruptura en la prestación del servicio que garantiza la seguridad pública y, en consecuencia, dar lugar a un decreto de estado de defensa (art. 136 CF), y a un decreto de estado de sitio (art. 137 CF) si el estado de defensa no logra mantener y restablecer el orden en un plazo de noventa días.

Por ello, el interés público y social en el mantenimiento del orden público, de la seguridad pública y de la paz social debe prevalecer sobre el interés de determinadas categorías de funcionarios públicos —como los que integran las carreras policiales— y no deben ejercer el derecho de huelga, en razón de su incompatibilidad con la interpretación teleológica del texto constitucional, en especial de los arts. 9.1 y 37 VII.

Por otra parte, es factible conciliar las previsiones constitucionales sin suprimir el derecho de huelga de los funcionarios públicos. En efecto, la Constitución Federal prevé que ellos ejerzan ese derecho. Sin embargo, la ley puede establecer restricciones y límites parciales o totales a determinadas categorías. De esta forma, no se suprime el derecho de huelga de los funcionarios públicos, sino que se afirma que, en el marco del principio de razonabilidad constitucional, no pueden ejercer ese derecho los miembros de determinadas carreras, como las policiales.

A pesar de referirse a la huelga en la actividad privada en sentido amplio, el art. 9 CF se aplica también a la interpretación del art. 37 VII CF. El mantenimiento de la seguridad pública y la defensa de la vida, de la integridad física, del patrimonio de toda la sociedad y de la actividad de la Policía Judicial y el impulso de la actividad del Ministerio Público y de la propia Justicia penal, son, en principio, necesidades inaplazables de la comunidad (art. 9.1 CF). De la misma forma, el art. 37 VII establece términos y límites al ejercicio del derecho de huelga.

La Constitución Federal garantiza el derecho de huelga de los funcionarios públicos con los límites y en los términos que establece la ley y, en relación con las carreras policiales, no habilita el ejercicio de este derecho por el riesgo de desatender las necesidades inaplazables de la comunidad.

Voto del ministro Roberto Barroso:

Barroso señaló que, si bien los policías civiles no pueden ejercer el derecho de huelga, es indispensable que esa categoría de funcionarios —que padece la restricción de un derecho fundamental en aras de la protección del interés público— pueda expresar sus reivindicaciones de alguna forma. De *lege ferenda*, afirmó que aun cuando a los policías civiles se les prohíba el ejercicio del derecho de huelga, es necesario establecer un vínculo con categorías afines de funcionarios estatales para que se beneficien de sus reivindicaciones. De *lege lata*, a la luz del derecho vigente, consideró que la alternativa está prevista en el art. 165 del Código Procesal Civil.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, RE 654432/GO, sentencia del 5-4-2017, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo860.htm>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la libertad de expresión. Difamación. Mala praxis. Interés público legítimo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Mette Frisk y Steen Jensen son periodistas daneses que trabajan en un canal de televisión (Danmarks Radio). Frisk fue el productor y Jensen, el subeditor jefe del programa documental “Cuando el médico es el que sabe”, emitido el 24 de septiembre de 2008. Trataba sobre el cáncer de pulmón y los tipos de quimioterapia utilizados en el Hospital Universitario de Copenhague. El informe mostraba la frustración de los pacientes y sus familiares por no haber podido elegir el medicamento para su quimioterapia, y destacaba que *Vinorelbine* era la opción preferida por el hospital. Asimismo, denunciaba que los pacientes deberían haber sido informados de la existencia de otras opciones, como *Alimta*, que, supuestamente, había sido sometida a pruebas más exhaustivas que *Vinorelbine*.

Al poco tiempo, el hospital y el médico especialista a cargo del tratamiento del cáncer en esa institución interpusieron acciones judiciales por difamación contra Frisk y Jensen por haberlos acusados de mala praxis. Durante el juicio, el médico especialista y el director médico aportaron pruebas donde denunciaban que el programa de TV había dado la impresión a los pacientes de que *Alimta* era la única cura aprobada y de que *Vinorelbine* era un producto experimental. Aseguraron que no era así y que, además, no existían estudios que demostraran que *Alimta* era mejor en términos médicos.

Un tribunal danés resolvió que el programa indiscutiblemente había dado a los televidentes la impresión de que hubo mala praxis en el hospital y había acusado al médico especialista en cáncer de preferir un medicamento experimental para mejorar su prestigio profesional y sus finanzas personales, y que, por eso, ciertos pacientes habían muerto o sufrido un acortamiento de la vida. Por lo tanto, condenaron a cada recurrente a una multa diaria de 1000 coronas danesas durante 10 días (equivalente, en total, a €1340).

Frisk y Jensen apelaron la decisión ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó la sentencia del tribunal danés.

El Hospital Universitario de Copenhague estaba legitimado para invocar la protección de la reputación o de los derechos de terceros conforme el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, porque representa los intereses de la administración de esa institución y de sus empleados, incluido el médico especialista en cáncer.

Asimismo, el programa de televisión trató cuestiones de interés público legítimo, como el tratamiento de enfermos de cáncer. El umbral de las críticas admisibles era más alto en ese caso porque estaban dirigidas contra un hospital público cuyas actividades tienen impacto en la vida y en la salud de la población en general.

Además, esas acusaciones ilegítimas, emitidas en horario estelar, tuvieron consecuencias considerables —una demanda pública del fármaco para quimioterapia *Alimta* y un cambio en las prácticas del Hospital Universitario de Copenhague—, ya que el programa había alentado a los pacientes a desconfiar de *Vinorelbine* a partir de una exposición incorrecta de los hechos.

Por lo tanto, la sentencia del tribunal danés que condenó a los recurrentes por difamación no resultó excesiva.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Frisk and Jensen v. Denmark*, sentencia de 5-12-2017, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179218>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la libertad de expresión. Restricciones necesarias en una sociedad democrática. Violaciones a los derechos humanos. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Richard Williamson, residente en Kent, es un obispo británico, ex miembro de la Fraternidad Sacerdotal San Pio X.

En noviembre de 2008, durante un seminario de la fraternidad en Zaitzkofen, Alemania, Williamson fue entrevistado para la televisión sueca. En el intercambio con el periodista, Williamson declaró que no creía que hubieran existido cámaras de gas durante el régimen nazi. La entrevista fue emitida por el canal sueco SVT-1 en enero de 2009.

En octubre de 2009, el Tribunal de Distrito de Regensburg impuso a Williamson una sanción de multa de €12 000 por incitación al odio.

En febrero de 2012, el Tribunal de Apelaciones de Núremberg revocó la decisión anterior por no cumplir con los requisitos necesarios, ya que no describía los hechos relevantes del delito.

En octubre de 2012, el Tribunal de Distrito de Regensburg, a pedido de un fiscal, condenó a Williamson a una pena de multa de €6500 por incitación al odio. Tras una nueva apelación del requirente, el mismo tribunal dictó otra condena por incitación al odio y multó a Williamson por €1800.

La condena fue ratificada en un recurso posterior. El tribunal regional competente consideró que las declaraciones del actor, que negaban tanto la existencia de cámaras de gas durante el régimen nazi como la matanza de judíos llevada a cabo en las cámaras de gas, implicaban negar el genocidio perpetrado bajo el régimen del Nacional Socialismo. Señaló que Williamson había entendido y aceptado que la entrevista podría ser transmitida, vía televisión satelital o internet, en otras zonas fuera de Suecia, inclusive en Alemania. Williamson tenía claro que sus declaraciones podían suscitar interés en todo el mundo, pero especialmente en Alemania, dado

que incumbían a la historia alemana, que la entrevista tuvo lugar en ese país y que el entonces papa, Benedicto XVI, era de origen alemán. En marzo de 2017, el Tribunal Constitucional Federal desestimó un recurso interpuesto por el requirente que solicitaba su pronunciamiento en la causa.

El 28 de agosto de 2017, mediante un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, el requirente impugnó la condena por incitación al odio sobre la base del agravio de su derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). En particular, alegó que la ley alemana no aplicaba a sus declaraciones porque el delito no había sido cometido allí, sino en Suecia, cuya legislación no proscribía las declaraciones de ese tipo.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos desestimó el recurso por infundado.

La Corte debe garantizar que las autoridades nacionales funden sus decisiones en una evaluación de los hechos relevantes. El tribunal regional entendió que haber negado y minimizado la importancia del genocidio del pueblo judío constituía un acto de menosprecio a la dignidad de las víctimas y que perturbaba el orden público en Alemania.

La Corte no encontró razones para discrepar de la evaluación del tribunal. Williamson no tomó distancia del contenido de sus declaraciones ni declaró ante los tribunales alemanes la posibilidad de una evaluación errónea de sus dichos. Por lo tanto, se dedujo que Williamson hizo uso de su derecho a la libertad de expresión con la intención de promover ideas contrarias al texto y espíritu de la Convención.

El tribunal regional estableció, además, que Williamson era consciente de que sus declaraciones podían causar interés en distintas partes del mundo, pero especialmente en Alemania. Williamson actuó con intencionalidad porque, pese a saber que sus declaraciones comportaban una responsabilidad penal y que podían ser difundidas en Alemania, no llegó a ningún acuerdo específico de prohibición o restricción alguna del uso de la entrevista.

La Corte no encontró motivos para discrepar de las decisiones de los órganos nacionales. Los Estados que sufrieron las atrocidades masivas perpetradas por el régimen nazi, en función de su papel histórico y su experiencia, tienen la especial responsabilidad moral de tomar distancia de ellas.

La condena del requirente fue muy indulgente. La Corte consideró, por lo tanto, que los tribunales nacionales adujeron razones suficientes y relevantes, sin sobrepasar su margen de apreciación. En términos del art. 10 CEDH, su injerencia fue proporcional al objetivo legítimo perseguido y, al mismo tiempo, “necesaria en una sociedad democrática”.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Williamson v. Germany* (n.º 64496/17) del 31-1-2019, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189777>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho comercial. Competencia. Cártel. Prácticas colusorias. Mercado de productos y accesorios para cuartos de baño. Multas. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: mediante la Decisión 4185 del 23 de junio de 2010, la Comisión Europea impuso multas por más de 622 millones de euros a diecisiete fabricantes de productos y accesorios para cuartos de baño por su participación en una infracción única pero realizada de forma continua. Según la Comisión, esas empresas habían participado en reuniones contrarias a la competencia de manera habitual durante diferentes períodos entre octubre de 1992 y noviembre de 2004 en Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Países Bajos y Austria. La Comisión concluyó que constituían un cártel tanto por la coordinación de los incrementos anuales de precios y otros elementos de sus tarifas como por la divulgación e intercambio de información comercial sensible. Los productos que formaban parte de la infracción eran artículos de grifería, mamparas de ducha y accesorios y productos cerámicos.

Algunas sociedades sancionadas interpusieron recursos ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) para solicitar la anulación de la decisión de la Comisión y/o la reducción de las multas.

En la sentencia del 16 de septiembre de 2013, el Tribunal General de la Unión Europea, por un lado, desestimó los recursos interpuestos por algunas sociedades y, por otro lado, anuló parcialmente la decisión de la Comisión en lo que respecta a las demás sociedades, y, en ciertos casos, redujo, o incluso anuló, el importe de las multas. En cuanto a las multas impuestas a la sociedad Sanitec Europe y a sus filiales de aquella época (las sociedades Keramag Keramische Werke, Koralle Sanitärprodukte, Koninklijke Sphinx, Allia, Produits Céramiques de Touraine y Pozzi Ginori) por 57,69 millones de euros, el TGUE anuló las multas de 7,11 millones de euros impuestas a Allia y a Produits Céramiques de Touraine y redujo, en consecuencia, las multas impuestas solidariamente al Grupo Sanitec (que pasó de 57,69 a 50,58 millones de euros).

La Comisión impugnó la sentencia relativa a Sanitec Europe y a sus filiales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que la anuló parcialmente el 26 de enero de 2017 y devolvió los asuntos al TGUE para que volviera a pronunciarse. El TJUE declaró que, en cuanto a la participación de Allia y de Produits Céramiques de Touraine en el cártel, el TGUE había incumplido la obligación de motivación e infringido las normas de aportación de prueba, ya que no había evaluado algunas de las pruebas y no había verificado si, examinadas de manera global, podían reforzarse mutuamente.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea declaró que se mantenía la multa de 57 millones de euros impuesta a Sanitec Europe y a sus filiales en el marco del cártel del mercado de productos y accesorios para cuartos de baño.

El TGUE volvió a examinar, de acuerdo con la sentencia del TJUE, la fuerza probatoria de las pruebas de la participación de Allia y de Produits Céramiques de Touraine en el cártel relativo a los precios de los productos cerámicos en Francia. Para

eso, revisó la sentencia del 16 de septiembre de 2013. Concluyó que, consideradas en su conjunto, las pruebas habían demostrado la participación de Allia y de Produits Céramiques de Touraine en el cártel.

Así, reconoció que la Comisión había impuesto de manera fundada multas por 7,11 millones de euros a Allia y a Produits Céramiques de Touraine. En consecuencia, decidió que se mantuviera la multa de 57,69 millones de euros impuesta al Grupo Sanitec.

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, sentencia en los asuntos acumulados T-379/10, *RENV Keramag Keramische Werke GmbH y otros c. Comisión*, y T-381/10, *RENV Sanitec Europe Oy c. Comisión*, del 3-7-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6AAA63B3F2A691FB307430E43865F3AB?text=&docid=208645&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7842933>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho del consumidor. Política energética. Etiquetado energético de las aspiradoras. Elemento esencial de un acto de habilitación. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: desde septiembre de 2014, todas las aspiradoras vendidas en la Unión Europea (UE) tienen que llevar una etiqueta energética, cuyas modalidades se precisan en el Reglamento Delegado (UE) 665/2013 de la Comisión Europea, que complementa la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada). La finalidad principal del etiquetado es informar a los consumidores acerca del grado de eficiencia energética y del poder de limpieza de la aspiradora. El reglamento no contempla la realización de mediciones con aspiradoras cuya bolsa de polvo esté llena.

La sociedad Dyson Ltd comercializa aspiradoras que funcionan sin bolsa de polvo. Dyson sostuvo que el reglamento induce a los consumidores a error en lo que

se refiere a la eficiencia energética de las aspiradoras, pues el rendimiento no se mide “durante su utilización”, sino únicamente con un colector vacío. Según Dyson, la Comisión, al adoptar el reglamento, no se ajustó al elemento esencial de la Directiva 2010/30/UE que exige que el método de cálculo del rendimiento energético de las aspiradoras refleje las circunstancias de uso normal. Entonces, solicitó que anulara el reglamento al Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), que desestimó el recurso mediante la sentencia T-544/13.

Dyson interpuso un recurso de casación, que fue admitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia C-44/16 P. El TJUE declaró que el TGUE había recalificado uno de los argumentos de Dyson al considerar que objetaba la competencia de la Comisión para adoptar el reglamento. Según el TJUE, era incuestionable que lo que Dyson reprochaba a la Comisión era su incompetencia para adoptar ese reglamento. En efecto, según Dyson, se trataba del incumplimiento de un elemento esencial de la Directiva 2010/30/UE y no de un error manifiesto de la Comisión. En consecuencia, el TJUE devolvió el asunto al TGUE para que se pronunciara sobre la argumentación de Dyson.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea anuló el Reglamento Delegado (UE) 665/2013 sobre el etiquetado energético de las aspiradoras.

Cuando las mediciones de eficiencia energética de las aspiradoras se realizan con una bolsa vacía, no reflejan las condiciones de uso real del producto.

El TJUE, en su sentencia, había considerado que la información provista al consumidor sobre el rendimiento energético de los aparatos en uso constituye un objetivo esencial de la directiva y refleja una decisión política del legislador de la Unión Europea.

Como lo destacara el TJUE, la Directiva 2010/30/UE tiene por objeto armonizar las medidas nacionales relativas a la información al usuario final sobre el consumo de energía “durante su utilización”, a fin de que pueda escoger productos “más eficientes”.

Por lo tanto, la Comisión tenía la obligación, para no incumplir un elemento esencial de esa directiva, de establecer un método de cálculo que permitiera medir el rendimiento energético de las aspiradoras en condiciones que reprodujeran, en la medida de lo posible, las circunstancias de uso real. Esto implica que la bolsa de la aspiradora debe llenarse hasta un nivel determinado, de acuerdo con las exigencias relativas a la validez científica de los resultados obtenidos y la exactitud de la información proporcionada a los consumidores.

Dado que el método establecido por la Comisión para el cálculo del rendimiento energético de las aspiradoras se basa en una bolsa vacía, no se corresponde con los elementos esenciales de la directiva.

El TGUE anuló el reglamento por considerar que la Comisión incumplió un elemento esencial de la directiva, ya que el método de cálculo del rendimiento energético no puede excluirse de la evaluación del producto.

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-544/13, *RENV Dyson Ltd c. Comisión*, sentencia del 8-11-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207462&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3089579>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho penal. Derecho a un juicio justo. Fuerza vinculante y ejecución de las sentencias. Falta de comparecencia de un testigo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Roman Vladimirovich Zadumov es ciudadano ruso y reside en Bezhetsk, Rusia.

Zadumov fue acusado de haber atacado y matado a golpes junto con otro hombre a X, en octubre de 2010. Una mujer los había invitado al departamento de X y fue testigo de lo ocurrido. Ese mismo mes fue interrogada por un investigador. Por ese entonces, la testigo estaba bajo tratamiento psiquiátrico por abuso de alcohol y crisis epilépticas. En su declaración, la mujer señaló que había visto a Zadumov y al otro hombre atacar a X hasta matarlo. Por su parte, Zadumov admitió haber estado en el departamento pero negó haber participado del ataque. El otro hombre involucrado confesó que tanto él como Zadumov habían cometido el homicidio de forma no premeditada.

Zadumov fue juzgado en 2011. El tribunal citó a la mujer en varias oportunidades, pero ella no compareció. A pedido del abogado de Zadumov, el tribunal evaluó la historia clínica de la mujer, que revelaba antecedentes de alcoholismo y alucinaciones. Sin embargo, un investigador policial declaró que ella había respondido de modo racional y coherente a las preguntas relativas al ataque.

En febrero de 2011, la clínica donde la mujer recibía un tratamiento informó al tribunal que sería dada de alta al mes siguiente. No obstante, el tribunal autorizó que su testimonio fuera leído en el juicio, pese a la objeción del abogado de Zadumov, que alegó la inadmisibilidad de la prueba dada la salud mental de la testigo y que su aceptación habría implicado violar los derechos de defensa del acusado.

En abril de 2011, Zadumov y el otro hombre fueron condenados por homicidio culposo, y sentenciados a 10 y 8 años de prisión, respectivamente. La sentencia fue confirmada por la alzada. Tanto el tribunal de primera instancia como la cámara de apelaciones admitieron el testimonio de la mujer y, si bien no lo manifestaron formalmente, lo consideraron una prueba determinante y confiable.

Zadumov interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos hizo lugar al recurso. Luego de realizar un análisis exhaustivo, concluyó que el juicio no fue justo y que, por lo tanto, el proceso violó las garantías de los parágrafos 1 y 3.d del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

1. En lo relativo a los parágrafos 1 y 3.d del art. 6 (derecho a un juicio justo):

La Corte examinó otros procesos tramitados en Rusia, vinculados a este caso, para determinar si correspondía admitir como prueba la declaración extrajudicial de la mujer, pese a no haber podido lograr que se presentara ante el tribunal, y si la prueba había sido determinante en la condena de Zadumov.

Durante el trámite judicial, la mujer estuvo bajo tratamiento por su adicción al alcohol y se demostró que sufría trastornos mentales. Si bien el tribunal de primera instancia sabía que la testigo abandonaría la clínica en marzo de 2011, no tomó las medidas necesarias para lograr que compareciera en las audiencias, que se extendieron hasta abril. El expediente no revela los motivos por los cuales el tribunal inferior determinó que era imposible o poco práctico evaluar a la mujer cuando abandonara la clínica.

Las circunstancias demuestran que, si bien el tratamiento de la mujer en la clínica fue razón suficiente para admitir su declaración extrajudicial en el mes de febrero de 2011, esa admisión resultó infundada cuando abandonó el sanatorio. Por lo tanto, no hubo una razón válida para que no declarara ante el tribunal y para admitir como prueba su declaración extrajudicial.

Además, si bien los tribunales rusos contaban con una serie de pruebas, lo cierto es que decidieron fundar la condena en la declaración de la testigo, en la que también habían buscado sustento para resolver la diferencia entre la negación de Zadumov y la confesión del otro agresor. Si bien los tribunales no consideraron determinante el testimonio de la mujer, la Corte lo sostuvo como fundamento principal de la condena.

Por último, la Corte analizó en el expediente si la desventaja para la defensa pudo ser compensada. En el momento de los hechos, la legislación rusa acordaba garantías sólidas al derecho de un acusado de que se interrogue a los testigos de la fiscalía. Sin embargo, para que el juicio fuera justo, los tribunales debían haber considerado las circunstancias específicas del caso. Ello podría haberlos obligado, como guardianes de los derechos garantizados en la CEDH, a adoptar medidas personalizadas y específicas para compensar la desventaja creada por la falta de comparecencia del testigo. En este caso, el tribunal, que estaba al tanto de los problemas de salud de la mujer, en principio tomó medidas para garantizar su comparecencia, pero, inexplicablemente, las interrumpió en febrero de 2011. El tribunal fundó la condena

en otras pruebas incriminatorias y autorizó a Zadumov a dar su propia versión de los hechos. Sin embargo, la Corte concluyó que las medidas procesales —que en otros supuestos podrían haber sido suficientes— no lograron compensar las dificultades de la defensa, dada la inexplicable decisión de los tribunales de omitir las medidas que podrían haber garantizado la comparecencia de la mujer.

2. En lo relativo al art. 46 (fuerza vinculante y ejecución de las sentencias):

La Corte tiene más de 250 recursos en trámite relativos a la falta de comparecencia de testigos, similares al caso de Zadumov. Aunque recursos de este tipo se han acumulado en un plazo de más de 10 años, el número no demuestra la existencia de un problema sistémico o estructural. A pesar de que la Corte decidió que hubo una violación de derechos, el marco legislativo ruso en su conjunto, vigente al tiempo de los hechos en cuestión, brindaba garantías procesales sólidas al derecho de un acusado a exigir que se interrogue a los testigos de la fiscalía, y que la lectura de la declaración de un testigo ausente solo era admisible como excepción. Las reformas legislativas de 2016 parecen haber fortalecido los derechos de la defensa.

La Corte no tiene motivos para dudar de que la decisión de este caso se beneficiaría con la adopción de medidas generales destinadas a aumentar la conciencia y la capacitación de las autoridades nacionales en los términos de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

3. En lo relativo al art. 41 (satisfacción equitativa):

Conforme a la jurisprudencia de la Corte, la forma más apropiada de reparar una violación al derecho a un juicio justo es la reapertura del juicio —en caso de que sea solicitada—, como exige el art. 41. Las condenas al pago de indemnizaciones en términos del art. 41 tienen por objeto reparar solo aquellas consecuencias de una violación de derechos que no puedan ser subsanados de otra forma. Dado que la legislación rusa brindaba esa posibilidad si Zadumov hubiera deseado solicitarla, la Corte consideró que establecer la existencia de una violación a sus derechos constituye una compensación justa suficiente.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Zadumov v. Russia*, sentencia del 12-12-2017, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179416>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho penal. Derecho al debido proceso. Derecho a un juicio justo. Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en 1995, se llevaron a cabo ocho ataques terroristas en Francia, la mayor parte en París, cerca de la estación de metro Maison Blanche, en la estación Gare d'Orsay y en la estación de trenes RER de Saint-Michel. Si bien

nadie se adjudicó los ataques, algunos indicios —como la existencia de declaraciones virulentas contra Francia y el modo operativo de los atentados— señalaron la participación del Grupo Islámico Armado (GIA).

En el marco de una investigación judicial, las pruebas obtenidas de la intervención de cabinas telefónicas permitieron arrestar a varias personas. La indagación finalmente condujo a identificar al ciudadano argelino Rachid Ramda (miembro del Frente Islámico de Salvación), que había dejado su país para establecerse en Londres. Se sospechaba que era un líder del GIA en el Reino Unido por su participación en el periódico internacional de la organización *Al Ansar*.

Se emitieron tres órdenes de detención internacionales contra Ramda. En diciembre de 2005, fue entregado a las autoridades francesas, que ordenaron que permaneciera detenido.

En su sentencia del 29 de marzo de 2006, el Tribunal Penal de París lo declaró culpable de asociación criminal en el marco de una conspiración terrorista, lo condenó a diez años de prisión y le prohibió el ingreso a territorio francés de por vida.

El 18 de diciembre de 2006, el Tribunal de Apelaciones de París confirmó la sentencia. Empleó alrededor de 30 páginas para analizar los hechos y establecer los fundamentos de los cargos imputados a Ramda. Después de recibir mayor información acerca del desarrollo y funcionamiento del GIA, el tribunal observó que el recurrente había sido el vocero principal de la organización en Europa y su agente de propaganda más importante fuera de Argelia, mientras que, simultáneamente, cumplía un rol central en la célula terrorista en Londres y una función estratégica en la organización externa de la agrupación. Su apelación, fundada en ciertas cuestiones de derecho, fue desestimada el 14 de marzo de 2007.

En tres sentencias, del 13 de febrero, el 3 de agosto y el 27 de noviembre de 2001, relativas a los ataques terroristas perpetrados el 17 de octubre, 25 de julio y 6 de octubre de 1995, respectivamente, la Sala de Investigaciones del Tribunal de Apelaciones de París ordenó el procesamiento del recurrente ante una Sala Especial del Tribunal de Apelaciones de Alzada —integrada exclusivamente por siete jueces profesionales—. Le imputaron complicidad en los delitos de homicidio, tentativa de homicidio, destrucción o daños a la propiedad privada de terceros por medio de sustancias explosivas que habían causado muertes, mutilaciones y/o discapacidad permanente e incapacidad total temporaria para trabajar por un plazo de ocho días, cometidos en el marco de una conspiración terrorista, junto con el delito de violación de la legislación sobre explosivos en el contexto de una conspiración terrorista. El 26 de octubre de 2007, la Sala lo declaró culpable de los cargos que se le imputaban en el marco de los tres ataques terroristas y lo condenó a cadena perpetua, con una pena mínima de 22 años. Ramda apeló la decisión.

La apelación tramitó ante el Tribunal de Apelaciones de París, que entendió el recurso en calidad de Sala Especial, integrada por nueve jueces profesionales. Ciento noventa y seis individuos intervinieron como querellantes, junto con la Compañía Arrendataria Autónoma de los Transportes Parisinos (RATP, por sus siglas en francés), la Sociedad Nacional de Ferrocarriles Franceses (SNCF, por sus siglas en francés), el Fondo de Garantía para las Víctimas de Actos de Terrorismo y otros

Delitos, el agente judicial del Tesoro y la asociación SOS Attentats. El tribunal evaluó sesenta y tres preguntas relacionadas con los diversos delitos que se le imputaban al apelante, que incluían las fechas y lugares donde ocurrieron junto con una lista con los nombres de las víctimas y los daños que habían sufrido. Lo declaró culpable de los cargos que se le imputaban el 13 de octubre de 2009, lo condenó a cadena perpetua, con una pena mínima de 22 años, y le prohibió definitivamente el ingreso al territorio francés de por vida.

El 15 de junio de 2011, la Corte de Casación desestimó un nuevo recurso del recurrente basado en cuestiones de derecho. Rechazó especialmente las pretensiones relativas a la falta de jurisdicción del Tribunal de Apelaciones de París para fundar su sentencia y a la violación del principio *ne bis in idem* en su previa condena final (que dictó el mismo Tribunal de Apelaciones el 18 de diciembre de 2006).

En diciembre de 2011, Ramda interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió, por mayoría, que no hubo una violación del art. 6.1, relativo al derecho a un juicio justo, de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, Convención), ni del art. 4 del Protocolo n.º 7, relativo al derecho a no ser juzgado o condenado dos veces.

1. Art. 6.1 de la Convención:

La Corte destacó su jurisprudencia en relación con los fundamentos de las sentencias judiciales y observó que este caso hace referencia a una Sala Especial del Tribunal de Apelaciones de París integrada completamente por jueces profesionales, sin la participación de un jurado lego.

Si bien en los procesos ante jueces profesionales los tribunales locales deben explicar de forma suficientemente clara los argumentos de sus sentencias, el grado del deber de fundamentación varía según la naturaleza de la decisión y de las circunstancias de cada caso. Los rasgos específicos del proceso en cuestión no difieren de los casos tramitados ante los tribunales de alzada con participación de un jurado lego. Por lo tanto, la Corte resolvió evaluar la denuncia del recurrente a la luz de los principios identificados en su sentencia de 2010 *Taxquet v. Belgium* (n.º 926/05).

En primer lugar, a todos los acusados, incluso el recurrente, se les acordó información y garantías durante los procesos penales tramitados en Francia.

El recurrente no fue el único acusado y el caso era complejo. Si bien las tres órdenes de procesamiento tienen alcance limitado por ser anteriores al proceso principal, cada una de ellas hacía referencia a un ataque terrorista determinado, había sido fundada de forma similar en términos de los delitos imputados y presentaba los hechos de manera detallada. Por otra parte, durante los procesos de primera instancia, Ramda ya había podido evaluar los cargos que se le imputaban para contestar las demandas y para obtener mayor información al respecto y analizar las razones por las que podría ser condenado.

Se formularon sesenta y tres preguntas al recurrente: veintiséis estaban relacionadas con las circunstancias del ataque terrorista del 25 de julio de 1995,

dieciocho con el del 6 de octubre de 1995 y diecinueve con el del 17 de octubre de 1995. Sesenta y una de ellas fueron respondidas “afirmativamente por voto mayoritario”. Por otra parte, además de la información relativa a los lugares y fechas de cada caso y a las víctimas de acuerdo con el daño sufrido, las preguntas hacían referencia especialmente al hecho de si había actuado de forma premeditada o no, si había incitado a otras personas a cometer determinados delitos, si había asistido e instigado a la realización de los ataques y si había dado instrucciones para la comisión de ciertos delitos penales. Ramda no solicitó que se reformularan las preguntas ni que se hicieran otras. En consecuencia, para la Corte, el número y la precisión de las preguntas fueron suficientes para fundar la sentencia en modo adecuado.

En consecuencia, a partir del análisis de las tres órdenes de procesamiento (cuyos fundamentos eran muy similares), junto con los debates de las audiencias celebradas en primera instancia y en la alzada durante el trámite de las apelaciones interpuestas por el recurrente y las numerosas y detalladas preguntas planteadas ante el tribunal de alzada, la Corte concluyó que Ramda gozaba de garantías suficientes durante el proceso.

Por lo tanto, no hubo una violación del art. 6.1 de la Convención.

2. Art. 4 del Protocolo n.º 7:

Desde un primer momento, la Corte consideró que debe interpretarse que el art. 4 del Protocolo n.º 7 prohíbe un proceso o juicio por un segundo delito siempre y cuando surja de hechos idénticos o sustancialmente iguales.

En primer lugar, la condena del recurrente en el proceso penal ordinario en la sentencia del Tribunal de Apelaciones de París del 18 de diciembre de 2006 adquirió el estatus de cosa juzgada el 14 de marzo de 2007, cuando su apelación, fundada en ciertas cuestiones de derecho, fue desestimada. El trámite del proceso penal ante el Tribunal Penal de París que llevó a la condena por parte de las salas especiales de los tribunales de alzada el 26 de octubre de 2007 y el 13 de octubre de 2009 no se interrumpe.

La Corte observó que el Tribunal Penal de París había expuesto los hechos en forma detallada en su sentencia del 29 de marzo de 2006. Luego de haber puesto el caso en contexto y evaluado las pruebas, el Tribunal había considerado acreditada su participación en una asociación criminal en el marco de una conspiración terrorista. Luego, la Corte advirtió que el Tribunal de Apelaciones de París, en su sentencia del 18 de diciembre de 2006, había expuesto detalladamente sus fundamentos. El Tribunal había enumerado los hechos que demostraban que Ramda administraba una agencia que financiaba las acciones del GIA en Francia, y que había sido el vocero principal de la agrupación, el organizador de sus acciones en Europa, su agente de propaganda más importante fuera de Argelia, el líder de la célula terrorista en Londres. Por otra parte, la sentencia destacó el rol decisivo y deliberado que tenía el recurrente en la estructura externa de la organización en Europa con el objeto de derrocar el régimen de Argelia a través de la creación de redes en Bélgica y, especialmente, en Francia. Esos grupos brindaban apoyo a los soldados de la resistencia argelina, les proveían armas, municiones y equipamiento variado, les enviaban yihadistas y creaban estructuras para el refugio de combatientes que escapaban de Argelia o que llegaban a países europeos para organizar ataques terroristas.

Por su parte, la Sala de Investigaciones del Tribunal de Apelaciones de París dictó tres sentencias —el 13 de febrero, el 3 de agosto y el 27 de noviembre de 2001— en las que resolvía el procesamiento del recurrente ante el Tribunal de Alzada de París por su complicidad en los delitos cometidos en los ataques del 25 de julio y 6 y 17 de octubre de 1995. En esas sentencias, se hacía mención a una conducta delictiva específica, con objetivos puntuales constituidos en cada uno de los tres ataques terroristas, se enumeraban los hechos en forma detallada y se destacaban las pruebas en las cuales se había fundado el procesamiento de Ramda.

A partir del análisis comparativo de la sentencia del 18 de diciembre (en la cual el Tribunal de Apelaciones de París condenó al recurrente) con las otras tres dictadas por la Sala de Investigaciones el 13 de febrero, 3 de agosto y 27 de noviembre de 2001 (que lo procesaban ante la Sala especial del Tribunal de Apelaciones de Alzada de París), la Corte concluyó que todas se fundaron en un número considerable de hechos diferentes e identificados. Por lo tanto, Ramda no fue procesado o condenado penalmente por hechos esencialmente iguales a los que habían dado lugar a la condena definitiva en el proceso tramitado sin la participación de un jurado.

La Corte consideró legítimo que los Estados intervinientes adoptaran una actitud firme en casos de personas involucradas en actos terroristas, y que los delitos de complicidad en el homicidio y tentativa de homicidio por los que Ramda fue condenado constituían graves violaciones de los derechos fundamentales consagrados en el art. 2 de la Convención. Los Estados deben proteger estos derechos, castigar a los responsables de su violación y acordar garantías procesales a las personas involucradas, exigencias que se cumplieron respecto del recurrente en este caso.

Por lo tanto, no hubo una violación del art. 4 del Protocolo n.º 7 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Ramda v. France*, sentencia del 19-12-2017, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179793>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho penal. Tortura. Tratos inhumanos o degradantes. Condiciones precarias de detención. Derecho a un recurso efectivo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Valentin Baştovoi es un ciudadano moldavo que vive en Chişinău.

En 2013, Baştovoi fue condenado a 8 años de prisión por malversación agravada de fondos en la cárcel n.º 13 de Chişinău. Alegó que estuvo detenido en una celda fría, sin luz natural ni ventilación, atestada de presos, que tenían que turnarse para

dormir, ya que no había camas suficientes, y que los inodoros no estaban separados de la celda. Denunció, además, que el alimento que servían era insuficiente y no apto para el consumo humano, que solo se les permitía bañarse una vez por semana y practicar una hora de ejercicio diaria. Por último, sostuvo que no había recibido tratamiento médico alguno contra las diferentes enfermedades que sufrió durante el período de reclusión.

El 12 de mayo de 2014 interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Se fundó en los arts. 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes) y 13 (derecho a un recurso efectivo), en conjunción con el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, para denunciar las condiciones de su detención y la falta de un recurso efectivo en Moldavia para garantizar sus derechos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos admitió el recurso en forma unánime.

Consideró que el recurrente había estado detenido en condiciones que violaban el art. 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes) de la Convención Europea de Derechos Humanos y que, dado que en el derecho moldavo no existe ningún recurso efectivo para eliminar esas condiciones, también había sido violado el art. 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención.

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

Los problemas relacionados con las condiciones precarias de detención en la prisión n.º 13 de Chişinău son recurrentes. Con anterioridad, la Corte instó a las autoridades nacionales a adoptar medidas adecuadas para resolver lo que aparenta ser un problema sistémico (*Cristioglo v. the Republic of Moldova*).

Los informes del defensor del pueblo de Moldavia y del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT, por sus siglas en inglés), realizados durante el período en que Baştovoi estaba detenido, indican que las condiciones de detención eran en general precarias en la prisión. La Corte observó que el Gobierno no había aportado ninguna prueba para fundar su declaración de que se habían realizado mejoras en los últimos años.

La Corte concluyó que, mientras cumplía su condena en la prisión n.º 13 de Chişinău, Baştovoi fue sujeto a condiciones de detención que implicaban padecimientos mayores a los de cualquier detención. Por lo tanto, la Corte Europea consideró que había habido una violación del art. 3 de la Convención.

2. En lo relativo al art. 13 (derecho a un recurso efectivo) en conjunción con el art. 3:

La Corte analizó en forma reiterada la existencia de recursos efectivos en Moldavia a partir de denuncias de condiciones precarias de detención. Descubrió, en cada ocasión, que los recursos a los que el Gobierno hacía referencia fueron ineficaces para los individuos afectados, que continuaron detenidos en condiciones incompatibles con el art. 3 de la Convención. Por lo tanto, consideró que, en este caso, debía seguir el mismo criterio.

En consecuencia, la Corte resolvió que había habido una violación del art. 13 en conjunción con el art. 3 de la Convención.

En lo relativo al art. 41 (compensación justa):

La Corte consideró que la República de Moldavia debía pagar al recurrente €8000 en concepto de daños no patrimoniales y €650 en concepto de costas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Valentin Baştovoi v. the Republic of Moldova*, sentencia del 28-11-2017, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178905>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Contratos de crédito celebrados con prestamistas extranjeros. Competencia. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2007, la croata Anica Milivojević celebró un contrato de crédito no renovable por un importe de €47 000 con el Raiffeisenbank, con sede en Austria, a fin de refaccionar su domicilio y habilitarlo para alquiler. El préstamo se contrató con ayuda de un intermediario residente en Croacia e incluía una cláusula de atribución de competencia alternativa, bien a favor de los tribunales austriacos, bien de los croatas. Para garantizar el reembolso del préstamo, Milivojević firmó además una escritura notarial de constitución de una hipoteca en el contrato y que posteriormente fue inscrita en el Registro de la Propiedad croata.

En 2015, Milivojević interpuso ante el Tribunal Municipal de lo Civil de Rijeka, Croacia, una demanda contra el Raiffeisenbank y solicitó que se declarase la nulidad del contrato de crédito y de la escritura notarial y que se cancelase la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Mientras que el Raiffeisenbank sostenía que el contrato se había celebrado en Austria, Milivojević afirmaba que se celebró en Croacia.

El 14 de julio de 2017, entró en vigor una ley nacional que preveía la nulidad retroactiva de los contratos de crédito celebrados en Croacia con prestamistas extranjeros que no tuvieran los permisos exigidos o la aprobación de las autoridades croatas.

El Tribunal Municipal de lo Civil de Rijeka estimó, por una parte, que, si se determinaba que el contrato había sido celebrado en Croacia, sería nulo de pleno derecho y, por otra parte, que esa normativa podía obstaculizar la libertad de prestar servicios financieros del Raiffeisenbank.

El Tribunal Municipal de lo Civil de Rijeka consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si el caso impedía la libre prestación de servicios en el mercado interior de la Unión y también sobre diversos aspectos relacionados con su competencia internacional para conocer del asunto principal, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento UE 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo,

relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Asimismo, consultó podría calificarse al contrato como “celebrado con un consumidor” y si el litigio principal estaría comprendido en el ámbito de las reglas de competencia exclusivas en materia de derechos reales inmobiliarios.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que una ley nacional no puede invalidar, mediante una norma retroactiva, general y automática, los contratos de crédito celebrados con prestamistas extranjeros no autorizados a prestar servicios de crédito en ese Estado miembro.

El TJUE es competente para examinar la compatibilidad con la libre prestación de servicios de la ley del 14 de julio de 2017. A este respecto, aun cuando Croacia sostiene que el derecho de la Unión no es aplicable al contrato en cuestión por haber sido celebrado antes de la adhesión del país a la Unión, el argumento no es válido porque las consecuencias del contrato persisten incluso después de ese momento. Además, como resulta del tratado de adhesión de Croacia, las disposiciones de los tratados originarios vinculan al país desde la fecha de su adhesión y, por ello, se aplican a los efectos futuros de una situación producida con anterioridad.

El principio de la libre prestación de servicios exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en un Estado miembro distinto del de su radicación, así como suprimir cualquier restricción, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro.

En el ordenamiento jurídico croata, la nulidad de los contratos de crédito celebrados con un prestamista no autorizado se regula, al mismo tiempo, en la ley del 14 de julio de 2017 y en la ley del contrato de crédito al consumo del 30 de septiembre de 2015. En lo que respecta al período del 1.º de julio de 2013, fecha de la adhesión de Croacia a la Unión, al 30 de septiembre de 2015, la citada nulidad es válida únicamente para los contratos de crédito celebrados por los prestamistas no autorizados que tengan su domicilio fuera de Croacia. Por lo tanto, el derecho croata discrimina directamente a los prestamistas establecidos fuera de Croacia. A partir de esa fecha, dado que el régimen de nulidad se aplicaba indistintamente a todos los prestamistas no autorizados, la ley del 14 de julio de 2017 implica una restricción al ejercicio de la libre prestación de servicios.

En cuanto al período del 1.º de julio de 2013 al 30 de septiembre de 2015, la ley nacional solo podría estar justificada por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. El TJUE señaló que, para poder invocar esa justificación, es necesario que exista una amenaza real y grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, ya que las consideraciones de naturaleza económica no pueden justificar una excepción a la libre prestación de servicios.

En lo que atañe al período en el que el régimen de nulidad de los contratos de crédito en cuestión se aplicaba indistintamente, el TJUE declaró que ello implica una restricción a la libre prestación de servicios. Si bien se constató que las razones imperiosas de interés general invocadas en este caso figuraban entre las ya reconocidas

en la jurisprudencia, este régimen excede manifiestamente los límites de lo necesario para alcanzar los objetivos que persigue.

Por lo que se refiere a la competencia internacional, en el sistema del Reglamento UE 1215/2012, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el demandado tiene su domicilio constituye el principio general. Por ello, una legislación nacional que establece reglas de competencia que conforman excepciones a este principio general contraviene el sistema estipulado por ese reglamento.

En cuanto a la posible calificación de “contrato celebrado con un consumidor” de un crédito firmado por un deudor para refaccionar un bien inmueble, que es su domicilio, con el fin de prestar servicios de alojamiento turístico, el deudor podrá beneficiarse de las referidas disposiciones si el vínculo entre el contrato y la actividad profesional sea de exigibilidad relativa y resulte evidente que el contrato persigue esencialmente fines privados, lo que debe ser comprobado por el órgano jurisdiccional nacional.

Por último, con respecto a las pretensiones de que se declare la nulidad del contrato y de la escritura notarial de constitución de una hipoteca, se basan en un derecho personal que solo puede invocarse contra el Raiffeisenbank. En cambio, en cuanto a la pretensión de que se cancele la inscripción de una hipoteca del Registro de la Propiedad, es necesario observar que la hipoteca es un derecho real que produce efectos *erga omnes* y, por ello, es competencia exclusiva del tribunal del Estado donde se halla el inmueble.

En conclusión, el derecho de la Unión (art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) se opone a una normativa nacional en virtud de la cual los contratos de crédito y cualesquiera otros actos jurídicos basados en ellos son nulos, con carácter retroactivo, desde la fecha de su firma, cuando se celebraron con un prestamista establecido en un Estado miembro distinto al del destinatario de la prestación y que no cuenta con todas las autorizaciones de las autoridades competentes de ese 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, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Municipal de lo Civil de Rijeka, Croacia, en el caso *Anica Milivojević c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, asunto C-630/17, sentencia del 14-2-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210770&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=12712692>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del consumidor. Cláusulas abusivas. Contrato de préstamo denominado en divisas extranjeras celebrado entre un profesional y un consumidor. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en febrero de 2008, Teréz Ilyés y Emil Kiss celebraron un contrato de préstamo denominado en francos suizos (CHF) con un banco húngaro. Con arreglo al contrato, aunque las cuotas mensuales de devolución del préstamo debían pagarse en forintos húngaros (HUF), el importe se calculaba a partir del tipo de cambio vigente entre el forinto húngaro y el franco suizo. Además, el contrato mencionaba la cuestión del riesgo cambiario.

El aumento del tipo de cambio produjo un incremento significativo de las cuotas en perjuicio de los prestatarios. En mayo de 2013, Ilyés y Kiss emprendieron acciones legales ante un órgano jurisdiccional húngaro contra el OTP Bank y OTP Factoring, dos sociedades a las que se habían cedido los créditos derivados del contrato de préstamo. En el marco de este procedimiento judicial, se suscitó la cuestión de si la cláusula contractual relativa al riesgo del tipo de cambio había sido redactada por el banco de manera poco clara y comprensible, y si podía, por ello, considerarse abusiva en el sentido de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Entretanto, en 2014, Hungría aprobó leyes que eliminaron determinadas cláusulas abusivas de los contratos de préstamo denominados en divisas, convertían virtualmente en HUF todas las deudas pendientes derivadas de esos contratos y aplicaban el tipo de cambio fijado por el Banco Nacional de Hungría. Esas leyes también estuvieron destinadas a dar cumplimiento a una resolución del Tribunal Supremo de Hungría, que había declarado incompatibles con la citada directiva determinadas cláusulas incorporadas a contratos de préstamo denominados en divisas (Resolución 2/2014 PJE, adoptada a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pronunciada en el asunto Kásler y Káslerné Rábai, del 30 de mayo de 2014). No obstante, las nuevas leyes no modificaron el hecho de que el riesgo cambiario recayera en el consumidor en caso de depreciación del HUF en relación con la divisa de que se tratara.

Según la directiva, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están comprendidas en su ámbito de aplicación. Por lo tanto, el Tribunal Superior de la Capital, Hungría, que conoce del asunto, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si el juez nacional puede examinar el carácter abusivo de una cláusula, en el supuesto de que no esté redactada de manera clara y comprensible, cuando el legislador húngaro, al no intervenir sobre este aspecto, ha aceptado que el riesgo cambiario continuara siendo asumido por el consumidor en caso de depreciación del HUF respecto del CHF.

Sentencia: según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el carácter abusivo de una cláusula contractual poco clara que hace recaer el riesgo cambiario sobre el prestatario y que no refleja disposiciones legislativas puede ser objeto de control jurisdiccional.

La norma que excluye del ámbito de aplicación de la directiva las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legislativas o reglamentarias imperativas se justifica, ya que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato. Sin embargo, no significa que otra cláusula contractual que no haya sido objeto de tales disposiciones legislativas, como la relativa al riesgo cambiario en el caso, también esté excluida en su totalidad del ámbito de aplicación de la directiva. Por tanto, el carácter abusivo de la cláusula puede ser apreciado por el juez nacional en la medida en que, tras un examen de cada caso concreto, estime que no está redactada de manera clara y comprensible (sentencia C-186/16).

A este respecto, las entidades financieras están obligadas a facilitar a los prestatarios información suficiente para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. Por lo tanto, una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio debe ser comprendida por el consumidor tanto en el plano formal como en el gramatical, y también en cuanto a su alcance concreto. De ello se deduce que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, debe no solo poder ser consciente de la posibilidad de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera del préstamo, sino también evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de la cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Además, el carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales debe apreciarse no solo por su contenido, sino también por todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato, aun cuando algunas de esas cláusulas se hayan declarado o presumido abusivas y, por ello, hayan sido anuladas por el legislador.

Por último, incumbe al órgano jurisdiccional nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el carácter supuestamente abusivo de otras cláusulas contractuales distintas de la relativa al riesgo del tipo de cambio, desde el momento en que disponga de los elementos de derecho y de hecho necesarios para ello.

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 Superior de la Capital, Hungría, en el caso *OPT Bank Nyrt. y OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. c. Teréz Ilyés y Emil Kiss*, asunto C-51/17, sentencia del 20-9-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205931&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4455683>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del consumidor. Etiqueta relativa a la clase energética de aspiradoras. Exhibición de otros símbolos. Prácticas comerciales desleales. Falta de indicaciones sobre las circunstancias en que se mide a eficiencia energética. Omisión engañosa. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: desde el 1º de septiembre de 2014 todas las aspiradoras vendidas en la Unión Europea deben tener un etiquetado energético en las condiciones precisadas por la Comisión en el reglamento que complementa la directiva sobre etiquetado energético (Reglamento Delegado UE 665/2013 de la Comisión, que complementa la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al etiquetado energético de las aspiradoras). El etiquetado pretende, en particular, informar a los consumidores el nivel de eficiencia energética y el poder de limpieza de la aspiradora.

La sociedad Dyson comercializa aspiradoras que funcionan sin bolsa de polvo, mientras que la sociedad BSH comercializa, con las marcas Siemens y Bosch, aspiradoras clásicas con bolsa de polvo.

Dyson impugnó el etiquetado energético de las aspiradoras BSH que informa sobre los resultados de las pruebas de eficiencia energética efectuadas con una bolsa vacía, de conformidad con el reglamento. Consideró que el etiquetado inducía a error al consumidor, dado que, en circunstancias de uso normales, los poros de la bolsa se obstruyen cuando se llena de polvo, lo que obliga al motor a funcionar a una potencia superior para que la aspiradora conserve la misma capacidad de aspiración. Por otro lado, señaló que las aspiradoras comercializadas por Dyson que funcionan sin bolsa de polvo no presentaban una pérdida de eficiencia energética semejante en circunstancias de uso normales.

Además, Dyson interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) para impugnar la validez del reglamento (asunto T-544/13).

Tras anular la sentencia del TGUE del 11 de noviembre de 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) devolvió el asunto al TGUE para que lo examinara nuevamente. A la fecha en que se dictó este fallo no había sido resuelto.

Dyson interpuso una demanda contra BSH ante el Tribunal Mercantil de Amberes, Bélgica. El tribunal belga consultó al TJUE si, en términos la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas respecto de los consumidores en el mercado interior), el hecho de no proporcionar al consumidor información sobre las circunstancias en que se realizó la medición energética indicada en la etiqueta constituye una “omisión engañosa”. Por otro lado, señaló que BSH no hizo sino ajustarse a las disposiciones del reglamento. Asimismo, el tribunal belga observó que BSH añadió, junto a la etiqueta energética, varias etiquetas o símbolos no previstos por el reglamento, a saber, una etiqueta verde con la mención “Energy A”, una etiqueta naranja con la

mención “AAAA Best rated: A in all clases” y una etiqueta negra que representa una alfombra con la mención “Class A Performance”. Se consultó, específicamente, si la práctica era válida en términos del derecho de la Unión.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que no constituye una “omisión engañosa” el hecho de no proporcionar al consumidor información sobre las circunstancias en que se realizó la medición para la clasificación indicada en la etiqueta energética de las aspiradoras.

Los fabricantes y distribuidores de aspiradoras no pueden utilizar etiquetas adicionales que reproduzcan o precisen la información que figura en la etiqueta energética cuando pueda crear confusión en el consumidor o inducirlo a error sobre el consumo de energía.

La directiva y el reglamento deben interpretarse en el sentido de que no autorizan a incluir en la etiqueta energética ninguna información relativa a las circunstancias en que se llevó a cabo la medición de la eficiencia energética de las aspiradoras.

En el reglamento se precisan el diseño y el contenido de la etiqueta y se establece que solo podrá añadirse una copia de la etiqueta ecológica de la Unión Europea. El objetivo es permitir que la información resulte más legible y fácilmente comparable para el usuario. Así, pues, el reglamento se opone a que se añada a la etiqueta energética otra información aparte de la copia de la etiqueta ecológica de la Unión, incluso cualquier dato relativo a las circunstancias de la medición de eficiencia energética de las aspiradoras.

En cuanto a la ausencia de información relativa a las circunstancias de la medición fuera de la etiqueta energética, el TJUE declara que una “práctica comercial”, en el sentido de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales, solamente es considerada engañosa si se trata de información sustancial. Pues bien, el reglamento no menciona las circunstancias de la medición en la lista exhaustiva de los datos que deben ponerse en conocimiento de los consumidores por medio de la etiqueta energética. Por lo tanto, esa información no puede ser considerada sustancial y la falta de indicación de las circunstancias de la medición no puede constituir una omisión engañosa.

El reglamento prohíbe que se coloquen otras etiquetas o símbolos que reiteren la información de la etiqueta energética, como hizo BSH, cuando las etiquetas o símbolos no cumplen los requisitos de la directiva y puedan crear confusión en el usuario final o inducirlo a error sobre el consumo de energía.

Las etiquetas o símbolos usados por BSH en el embalaje de las aspiradoras que comercializa no cumplan los requisitos de la directiva. Además, aunque corresponde al juez nacional determinar si su uso conlleva el riesgo de inducir a error al usuario, el hecho de que los símbolos empleados por BSH no sean gráficamente idénticos a los utilizados en la etiqueta energética y de que repitan la misma información con un diseño distinto podría dar la impresión de que se trata de una información diferente.

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 Mercantil de Amberes, Bélgica, en el caso *Dyson Ltd, Dyson BV c. BSH Home Appliances NV*, asunto C-632/16, sentencia del 25-7-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204398&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=534387>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del consumidor. Prácticas comerciales desleales. Prácticas comerciales agresivas. Suministro no solicitado. Servicios de telecomunicaciones. Venta de tarjetas SIM con ciertos servicios preinstalados y preactivados. Inexistencia de información previa a los consumidores. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2012, la Autoridad de Defensa de la Competencia italiana (AGCM) impuso multas a las sociedades Wind Telecomunicazioni (actualmente Wind Tre) y Vodafone Omnitel (actualmente Vodafone Italia) por haber comercializado tarjetas SIM en las que se habían preinstalado y preactivado servicios de contestador y de navegación por internet, cuyos gastos se facturaban al usuario a menos que solicitara expresamente su desactivación. La AGCM acusó a ambas sociedades de no haber informado previamente y de modo adecuado a los consumidores la preinstalación y preactivación de los servicios ni el hecho de que fueran pagos. El servicio de navegación por internet podía incluso dar lugar a conexiones sin conocimiento del usuario, en particular a través de aplicaciones *always on* (siempre activadas).

El Tribunal Regional en lo Contencioso Administrativo del Lacio, Italia, ante el que habían recurrido Wind Tre y Vodafone Italia, anuló las decisiones de la AGCM por considerar que las sanciones eran competencia de otra autoridad, la Autoridad de Comunicaciones (AGCom).

En 2016 el Consejo de Estado de Italia determinó que, con arreglo al derecho italiano, la competencia para sancionar un mero incumplimiento de la obligación de información en el sector de las comunicaciones electrónicas corresponde a la AGCom, mientras que la sanción de una “práctica comercial

agresiva en cualquier circunstancia” (como, por ejemplo, un suministro no solicitado) corresponde a la AGCM, incluso en el sector de las comunicaciones electrónicas. En ese marco, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si la interpretación de su pleno resultaba compatible con el derecho de la Unión. El planteo cuestionaba, por un lado, la interpretación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior —que pretende garantizar un alto nivel de protección para todos los consumidores—. Por otro, también cuestiona la interpretación del derecho de la Unión en materia de comunicaciones electrónicas, concretamente, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo —relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas—, y, además, de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo —relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas—, que pretenden garantizar la existencia de servicios de buena calidad disponibles al público a través de la competencia y la libertad de elección reales, y encomiendan a las autoridades de reglamentación nacionales —en Italia, la AGCom— la misión de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores. En particular, consultó al TJUE si el comportamiento imputado a los operadores de telefonía podía calificarse como “suministro no solicitado” o, de modo más general, como “práctica comercial agresiva”, con arreglo a la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Además, consultó si el derecho de la Unión en materia de comunicaciones electrónicas se oponía a una normativa nacional en virtud de la cual a un “suministro no solicitado” se le aplica la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, con la consecuencia de que la autoridad de reglamentación nacional no es competente para sancionar ese comportamiento.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la comercialización de tarjetas SIM que contienen servicios de pago preinstalados y preactivados constituye una práctica comercial agresiva y desleal cuando los consumidores no son informados previamente.

Este comportamiento constituye un “suministro no solicitado” que puede ser sancionado por una autoridad nacional distinta de la establecida por el derecho de la Unión en el sector de las comunicaciones electrónicas.

La solicitud de un servicio debe ser una elección libre del consumidor. Ahora bien, cuando no ha sido informado sobre el costo de ciertos servicios, ni siquiera de su preinstalación y preactivación en la tarjeta SIM que ha comprado (una circunstancia que debe comprobar el tribunal nacional), no es posible considerar que el consumidor haya elegido libremente. A este respecto resulta indiferente que el uso de los servicios haya podido requerir, en ciertos casos, una acción consciente por parte del consumidor. Del mismo modo, resulta indiferente que el consumidor haya tenido la posibilidad de pedir la desactivación de los servicios o hacerlo por su cuenta, dado que no había sido informado previamente de su existencia.

Aunque corresponde al tribunal nacional determinar la reacción típica del consumidor, no parece evidente que el comprador medio de una tarjeta SIM sepa que contiene servicios preinstalados y preactivados capaces de generar gastos adicionales, o bien que ciertas aplicaciones o el propio aparato pueden conectarse a internet sin su consentimiento. Tampoco se puede suponer que disponga de conocimientos técnicos suficientes para desactivar en su aparato los servicios y conexiones automáticas.

Por eso, más allá de las verificaciones que efectúe el órgano jurisdiccional nacional, esos comportamientos constituyen un “suministro no solicitado” y por tanto, una práctica desleal —concretamente, una práctica agresiva— en cualquier circunstancia.

Por otra parte, no existe conflicto entre la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales y la Directiva 2002/22/CE sobre el servicio universal en lo que respecta a los derechos de los usuarios finales. En efecto, la última obliga al proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas a facilitar determinada información en el contrato, mientras que la primera regula aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, como el “suministro no solicitado”. Por consiguiente, el Tribunal declaró que el derecho de la Unión no se opone a la normativa nacional en virtud de la cual un “suministro no solicitado” debe apreciarse con arreglo a la Directiva 2005/29/CE, pero, según la normativa, la autoridad nacional de reglamentación mencionada en la Directiva 2002/21/CE no resulta competente para sancionar un comportamiento de ese tipo.

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 Consejo de Estado de Italia en los asuntos acumulados C-54/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Wind Tre S.p.A.*, y C-55/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Vodafone Italia S.p.A.*, sentencia del 13-9-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=205669&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=4452042>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del consumidor. Transporte aéreo. Ámbito de aplicación. Concepto de “transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo”. Contrato de arrendamiento de una aeronave con tripulación (*wet lease*). (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Wolfgang Wirth y otros pasajeros reservaron con la compañía aérea TUIFly un vuelo de Hamburgo (Alemania) a Cancún (México). Para operar el vuelo, TUIFly arrendó un avión con tripulación a la compañía aérea Thomson Airways. La confirmación de la reserva indicaba que había sido emitida por TUIFly, pero que el vuelo sería operado por Thomson Airways.

Wolfgang Wirth y otros pasajeros solicitaron el pago de la indemnización a Thomson Airways, debido al gran retraso en el horario de llegada del vuelo. La solicitud estuvo fundada en el Reglamento 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo que regula la compensación y asistencia a pasajeros en casos de denegación del embarque, cancelaciones o grandes retrasos de vuelos.

Thomson Airways se negó a pagar la indemnización con el argumento de que la operación del vuelo no había sido responsabilidad de la compañía sino de TUIFly, sobre la que debía recaer la solicitud de indemnización en tanto transportista aéreo encargado.

En este contexto, el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que precisara el concepto de “transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo”.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que, cuando hay un gran retraso en un vuelo, la compañía aérea que debe pagar la indemnización adeudada a los pasajeros no es la que dio en arrendamiento el avión y la tripulación, sino la que realizó el vuelo.

El concepto de transportista aéreo encargado corresponde a la compañía aérea que decide realizar un vuelo, fijar su itinerario y crear una oferta. La decisión implica que el transportista asume la responsabilidad por la realización del vuelo, incluso por su posible suspensión o gran retraso.

En consecuencia, una compañía aérea que, como en este caso Thomson Airways, da en arrendamiento un avión y una tripulación a otra compañía aérea pero no asume la responsabilidad operativa del vuelo, no puede ser calificada como transportista aéreo encargado en el sentido del reglamento. A este efecto, carece de importancia que la confirmación de reserva mencione que el vuelo será operado por Thomson Airways.

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 resuel-

ve 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 Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo en el caso *Wolfgang Wirth y otros c. Thomson Airways Ltd.*, asunto C-532/17, sentencia del 4-7-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203541&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=971887>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del Trabajo. Despido colectivo. Discriminación por razón de género. Protección de la trabajadora embarazada. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sociedad española Bankia inició un período de consultas con los representantes de los trabajadores porque planificaba realizar un despido colectivo. Un mes después, la comisión negociadora acordó los criterios que debían aplicarse para seleccionar a los trabajadores que iban a ser despedidos y los criterios que definían la prioridad de permanencia en la empresa.

Meses más tarde, Bankia comunicó el despido (conforme al acuerdo alcanzado con la comisión negociadora) a una trabajadora embarazada en ese momento. La carta de despido exponía que, en el caso de la provincia en la que ella prestaba servicios, era necesario hacer un profundo ajuste de la plantilla y que, en el proceso de valoración que la empresa y la comisión negociadora realizaron durante el período de consultas, la puntuación que la trabajadora había obtenido era una de las más bajas de la zona.

La trabajadora denunció la ilegalidad del despido ante el Juzgado de lo Social 1 de Mataró (Barcelona), que se pronunció a favor de Bankia.

Luego, la trabajadora interpuso un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Le solicitó que interpretara la prohibición de despedir a las trabajadoras embarazadas establecida en la Directiva 92/85 (sobre la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que prohíbe su despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o prácticas nacionales), en el marco de un procedimiento de despido colectivo en el sentido de la Directiva 98/59 (sobre despidos colectivos).

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que las trabajadoras embarazadas pueden ser despedidas en el marco de un despido colectivo.

En ese caso, el empresario debe comunicarles los motivos que justifican la decisión y los criterios objetivos que se aplicaron para seleccionar a los despedidos.

1. La Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo.

Una decisión de despido fundada en razones relacionadas con el embarazo de la trabajadora es incompatible con la prohibición de despido establecida en la Directiva 92/85. En cambio, si el despido ocurre durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por motivos no vinculados con el embarazo, no es contrario a la directiva. Ahora bien, es necesario que el empresario comunique por escrito las causas del despido y demuestre su legalidad en términos de la legislación o práctica del Estado miembro en cuestión. Por consiguiente, los motivos no inherentes a los trabajadores que pueden alegarse en el marco de los despidos colectivos, en el sentido de la Directiva 98/59, constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras, a los fines de la Directiva 92/85.

2. La Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos aplicados para seleccionar a los despedidos.

En este sentido, las disposiciones combinadas de ambas directivas solo exigen que el empresario: exponga por escrito los motivos no inherentes a la persona de la trabajadora embarazada por los que decide el despido colectivo (entre otros, motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa) e indique a la trabajadora embarazada los criterios objetivos aplicados para seleccionar a los despedidos.

3. En respuesta a otra cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que no prohíbe, con carácter preventivo, el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

La Directiva 92/85 opera una distinción expresa entre, por un lado, la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y por otro, la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación. Por eso, los Estados miembros tienen la obligación de establecer esta doble protección. La protección preventiva posee una especial relevancia en el ámbito de la Directiva 92/85, dado el riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el peligro de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo. La prohibición de despido establecida en la directiva responde a esta preocupación. De este modo, la protección en concepto de reparación, aun cuando establezca la readmisión de la trabajadora despedida y el pago de la retribución dejada de percibir, no sustituye a la protección de carácter preventivo. Por consiguiente,

los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad del despido cuando no esté justificado.

4. En respuesta a otras dos cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional español, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

En efecto, la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a establecer esas prioridades. No obstante, dado que la directiva solo contiene disposiciones mínimas, los Estados miembros tienen la facultad de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

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 TSJ de Cataluña en el caso *Porras Guisado c. Bankia S. A., Fondo de Garantía Salarial y otros*, asunto C-103/16, sentencia del 22-2-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199568&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=641925>.



Derecho de la Unión Europea. Propiedad intelectual. Anulación del registro de un dibujo comunitario. Divulgación. Derecho comercial. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: el 22 de noviembre de 2004, Western Brands LLC solicitó a la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) el registro comunitario de un diseño de zapatos y reivindicó, al mismo tiempo, la prioridad de una solicitud de patente de los Estados Unidos de América presentada en marzo de 2004.

En febrero de 2005, el diseño fue registrado de acuerdo con la normativa comunitaria y, en noviembre de ese año, fue transferido a la sociedad Crocs.

En 2013, la sociedad francesa Gifi Diffusion solicitó ante la EUIPO la nulidad del registro, ya que alegó que no aportaba ninguna innovación. Afirmó que el dibujo

había sido publicado antes del 28 de mayo de 2003, es decir, con antelación al período de doce meses previo a la fecha de prioridad reivindicada (que es la fecha de presentación de la solicitud de patente en EE. UU.).

La EUIPO, por resolución de junio de 2006, declaró la nulidad del registro del diseño por considerar que había sido divulgado antes del 28 de mayo de 2003 y que, por consiguiente, no aportaba ninguna innovación. Sostuvo, entonces, que el diseño había sido expuesto en la página web de Crocs, en una exhibición de barcos en Fort Lauderdale (EE. UU.) y a través de la venta de zapatos con ese diseño.

Crocs interpuso un recurso ante el Tribunal General de la Unión Europea y adujo que los círculos especializados de la Unión Europea en esa materia no necesariamente podían conocer el diseño.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea desestimó el recurso de Crocs y confirmó la resolución de la EUIPO, que anuló la inscripción del diseño por haber sido publicado antes de su registro.

El Reglamento 6/2002 del Consejo de la Unión sobre los diseños y modelos de registro comunitario establece su protección siempre que aporte una novedad. Un diseño no es novedoso, en particular, si fue publicado durante los doce meses anteriores a la fecha de prioridad reivindicada, salvo que su divulgación no haya podido ser razonablemente conocida por los círculos especializados de la Unión Europea.

Crocs no negó la realidad de los tres casos de divulgación observados por la EUIPO. No es necesario que los hechos determinantes de la divulgación hayan tenido lugar en el territorio de la Unión. Por consiguiente, la EUIPO concluyó correctamente que, en esos tres casos considerados en su conjunto, el diseño impugnado fue publicado antes del 28 de mayo de 2003.

Además, Crocs no probó que esos tres casos de divulgación no pudieran ser razonablemente conocidos por los círculos especializados del sector que operan en la Unión (esto es, los profesionales de la venta y fabricación de calzado).

Además, Crocs no demostró de modo suficiente que su sitio de internet no pudiera ser visitado por los fabricantes de calzado europeos, ni que esos profesionales no hubieran tenido conocimiento del suceso de la exhibición internacional de barcos de Fort Lauderdale. Por otra parte, los zapatos estaban a la venta en muchos de los estados norteamericanos. Es poco probable que, a la vista de la importancia que tienen las tendencias comerciales en el mercado estadounidense para la Unión Europea, los círculos especializados europeos desconocieran la venta masiva del producto.

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-651/16, *Crocs Inc. c. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)*, sentencia del 14-3-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200246&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=705396>.



Derecho de la Unión Europea. Propiedad intelectual. Rechazo del registro de una marca. Derecho comercial. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2006, la sociedad española La Honorable Hermandad (a la que sucedió La Mafia Franchises) solicitó, a la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), el registro de una marca de la Unión. Se trataba de una cadena de restaurantes.

En 2015, Italia solicitó a la EUIPO que se declarase la nulidad de esa marca por ser contraria al orden público y a las buenas costumbres.

La EUIPO consideró que la marca “La Mafia se sienta a la mesa” promovía explícitamente a la organización criminal conocida con el nombre de Mafia. Además, señaló que el conjunto de los términos transmitía un mensaje de cordialidad y de banalización del elemento denominativo “la Mafia”, que deformaba y minimizaba la gravedad de lo que estaba comunicando.

Como no estaba conforme con la resolución de la EUIPO, La Mafia Franchises interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea desestimó el recurso y confirmó la resolución de la EUIPO.

El elemento denominativo “la Mafia”, que predomina en la marca de la sociedad española, remite, a nivel mundial, a una organización criminal que recurre, entre otras cosas, a la intimidación, a la violencia física y al asesinato para ejercer sus actividades ilegales (como el tráfico de drogas y de armas, el blanqueo de dinero y la corrupción).

Esas actividades criminales vulneran los valores de respeto de la dignidad humana y de la libertad, que son indivisibles y constituyen el patrimonio espiritual y moral en los que está fundada la Unión. Además, las actividades criminales de la Mafia —por su dimensión transfronteriza— representan una seria amenaza para la seguridad de la Unión en su conjunto. El elemento denominativo “la Mafia” se percibe de manera profundamente negativa en Italia debido a los graves ataques

de esa organización criminal contra el orden público de ese Estado miembro. De este modo, se confirma que tal denominación evoca explícitamente en el público el nombre de una organización criminal que atenta contra la seguridad.

La Mafia Franchises aseguró que la finalidad de registrar la marca “La Mafia se sienta a la mesa” había sido evocar la saga cinematográfica “El Padrino”, y no provocar u ofender. El Tribunal consideró que esa intención no modificaba la percepción negativa del público. Además, señaló que el renombre adquirido por la marca de la sociedad española, así como su concepto de restaurantes temáticos vinculados a las películas mencionadas, no eran relevantes en relación con determinar si la marca es contraria al orden público.

La existencia de numerosos libros y películas que se refieren a la Mafia no altera la percepción de los delitos cometidos por la organización. El Tribunal coincidió con el análisis de la EUIPO y de Italia, según el cual la asociación del elemento denominativo “la Mafia” a la frase “se sienta a la mesa”, por un lado, y a una rosa roja, por otro, puede ofrecer una imagen globalmente positiva de su acción y minimizar la gravedad de sus actividades ilegales.

En conclusión, la marca “La Mafia se sienta a la mesa” remite a una organización criminal, da una imagen globalmente positiva de ella y banaliza los graves ataques que perpetra contra los valores fundamentales de la Unión. Por lo tanto, la marca puede provocar u ofender no solo a las víctimas de la organización criminal y a sus familias, sino también a cualquier persona que observe el mensaje y tenga umbrales medios de sensibilidad y tolerancia. Por esa razón, el Tribunal declaró la nulidad de la marca.

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-1/17, *La Mafia Franchises c. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)*, sentencia del 15-3-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200262&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=682732>.



Derecho de la Unión Europea. Propiedad intelectual. Registro de una marca. Derecho comercial. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sociedad polaca Cinkciarz.pl solicitó a la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) el registro de una marca de la Unión para aplicaciones informáticas, servicios financieros —en particular operaciones de cambio— y publicaciones. El diseño consistía en dos círculos superpuestos con los símbolos de las divisas “€” y “\$”.

La EUIPO denegó la inscripción debido a su carácter descriptivo y distintivo. Sostuvo que no resultaba lo suficientemente claro para el público la distinción entre el diseño de la marca y los símbolos de las divisas “€” y “\$”.

La sociedad Cinkciarz.pl interpuso un recurso de anulación contra la resolución de EUIPO ante el Tribunal General de la Unión Europea.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea anuló la resolución de la EUIPO.

La EUIPO puede limitarse a proporcionar una motivación global para denegar o no cualquier producto o servicio, pero esa motivación global debe establecerse de acuerdo con un criterio de clasificación. Para conformar una categoría o un grupo homogéneo de productos o servicios, se consideran las características que tengan en común.

La EUIPO examinó el carácter descriptivo del signo controvertido sin referirse a cada uno de los productos y servicios que designaba y adoptó una motivación global. Por esa razón, se analizó si todos los productos y servicios designados por la marca solicitada presentaban una característica común. A este respecto, la marca describe a más de ochenta productos y servicios, que pertenecen a tres clases específicas muy distintas, pese a lo cual la EUIPO declaró que todos ellos guardaban relación con las operaciones de cambio.

La característica mencionada por la EUIPO no es común a todos los productos y servicios provistos por la empresa. Por consiguiente, la motivación global no es pertinente. La EUIPO debería haber proporcionado una motivación adicional respecto de los productos y servicios no caracterizados específicamente con las operaciones de cambio.

Aun cuando los productos y servicios designados por la marca solicitada estuvieran relacionados con operaciones de cambio, la resolución no indicaba claramente las razones por las que la EUIPO había considerado que la marca permitiría al público percibir de inmediato una descripción de todos los productos y servicios de Cinkciarz.pl.

Por último, en lo que atañe al carácter distintivo de la marca solicitada, la conclusión de la EUIPO expuso la misma falta de motivación.

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-665/16, *Cinkciarz.pl c. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)*, sentencia del 8-3-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200081&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=705838>.



Derecho de la Unión Europea. Responsabilidad internacional del Estado. Satisfacción equitativa. Reparación pecuniaria a partir de una sentencia condenatoria contra un Estado. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en marzo de 2007 Georgia interpuso un recurso contra la Federación Rusa ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

En su sentencia del 3 de julio de 2014, la Corte sostuvo que en el otoño de 2006 la Federación Rusa adoptó una política de arrestos, detenciones y expulsiones de ciudadanos georgianos, que, en términos de la jurisprudencia convencional, equivalía a una práctica administrativa. Asimismo, afirmó que hubo una violación, entre otras, del art. 4 del Protocolo n.º 4, de los arts. 5.1/4, 3, y del art. 13 en conjunción con los arts. 5.1 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Puesto que aún no estaban dadas las condiciones para determinar si debía aplicarse el art. 41 de la Convención (satisfacción equitativa), la Corte instó al Gobierno recurrente y al demandado a presentar, en el plazo de doce meses, sus observaciones sobre el asunto, y, en particular, a notificarla sobre cualquier acuerdo al que pudieran llegar. Pese a que los Gobiernos no llegaron a ningún acuerdo, Georgia solicitó la concesión de una satisfacción equitativa y la Federación Rusa presentó sus observaciones.

El 6 de noviembre de 2015, el presidente de la Gran Sala invitó al Gobierno de Georgia a presentar una lista de los ciudadanos georgianos que habían sido víctimas de la política coordinada de arrestos, detenciones y expulsiones adoptada por la Federación Rusa. Fue entregada una nómina de 1795 víctimas, y, un año más tarde, el presidente de la Gran Sala invitó al Gobierno demandado a exponer sus comentarios al respecto.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que el Estado demandado debe pagar al Gobierno recurrente, en el plazo de tres meses, la cantidad de 10 millones de euros por los daños morales que sufrieron un grupo de al menos 1500 ciudadanos georgianos. El monto deberá ser distribuido por el Gobierno recurrente mediante el pago de €2000 a los ciudadanos georgianos que solo fueron víctimas de la violación del art. 4 del Protocolo n.º 4, y de entre €10 000 y €15 000 a los que también fueron víctimas de la violación de los arts. 5.1 y 3 de la CEDH, dado el plazo de sus respectivos períodos de detención.

Es la primera vez, después de la sentencia *Chipre v. Turquía*, que se solicita a la Corte evaluar la cuestión de la satisfacción equitativa en un caso que se disputa entre Estados. En esa sentencia, antes de concluir la aplicabilidad del art. 41 de la CEDH en casos que se disputan entre Estados, se hizo referencia al principio de derecho público internacional de obligación de reparación de un Estado que viola una obligación contractual, así como a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre la materia. Dada la naturaleza específica del art. 41 en tanto *lex specialis*, no cabía interpretarlo de una manera tan estrecha y restrictiva que su aplicación en las disputas entre Estados quedara excluida. Por el contrario, tal interpretación se confirma por la circunstancia de que el art. 41 exige conceder una satisfacción equitativa a la parte damnificada.

De todas maneras, la Corte debió evaluar, según cada caso, si se justificaba otorgar una satisfacción equitativa. Tomó en consideración, entre otras cosas, el tipo de recurso interpuesto por el Gobierno recurrente y la posibilidad de identificar a las víctimas. Tuvo en cuenta que, de conformidad con la naturaleza de la Convención, es el individuo y no el Estado quien resulta directa o indirectamente damnificado. Por consiguiente, en un caso de disputa entre Estados, si se concede una satisfacción equitativa, siempre se debe considerar el beneficio de cada una de las víctimas.

En *Chipre v. Turquía*, la Corte estableció tres criterios para determinar el otorgamiento de una satisfacción equitativa en un caso de litigio entre Estados: el tipo de recurso interpuesto por el Gobierno recurrente, que debe relacionarse con la violación de derechos humanos básicos de sus ciudadanos; la constatación de que las víctimas hayan podido ser identificadas, y el propósito principal por el que se inicia el proceso.

En este caso, el Gobierno recurrente afirmó que el Gobierno demandado permitió que se adoptara una práctica administrativa por la que se arrestó, detuvo y expulsó de la Federación Rusa a ciudadanos georgianos, y que tuvo como resultado la violación de los arts. 3, 5, 8, 13,14 y 18 de la Convención, los arts. 1 y 2 del Protocolo n.º 1, el art. 4 del Protocolo n.º 4 y el art. 1 del Protocolo n.º 7.

Una vez dictada la sentencia principal, el Gobierno de Georgia solicitó la concesión de una satisfacción equitativa como reparación por la violación de los derechos de los ciudadanos georgianos garantizados en la Convención. En efecto, el Gobierno había presentado una lista detallada que identificaba a las 1795 víctimas de las violaciones referidas en la sentencia principal. Por ello, la satisfacción equitativa fue solicitada para otorgar una reparación a cada una de las víctimas en forma individual.

Dado que los tres criterios referidos son aplicables en el caso, el Gobierno recurrente tiene derecho a interponer un recurso de conformidad con el art. 41 de la Convención, lo que justifica la concesión de una satisfacción equitativa. Ahora bien, resultó necesario determinar de modo preciso y objetivo el grupo de personas sobre el que la Corte debe basarse para conceder la satisfacción equitativa.

Según las circunstancias del caso, y de conformidad con principios equitativos, el Gobierno de Georgia reclamó una suma total de €70 320 000 en concepto de daños morales sufridos por los ciudadanos georgianos. Se remitió a la jurisprudencia de la Corte para alegar que el monto incluía una compensación de €20 000 para los detenidos y expulsados por la fuerza y de €10 000 para los que habían abandonado la Federación Rusa por sus propios medios. Además, el Gobierno recurrente solicitó €50 000 por la muerte de Manana Jabelia, Tengiz Togonidze y Muzashvili, y €30 000 para Nato Shavshishvili, que presuntamente había perdido el uso de su mano izquierda porque no había recibido una asistencia médica adecuada. El Gobierno de Georgia también señaló que en *Cyprus v. Turkey* la Corte había concedido montos sustanciales al Gobierno recurrente sin haber determinado el número preciso de beneficiarios y pese a las objeciones de Turquía.

Dado que parte del Gobierno demandado no había recibido la información solicitada respecto de las estadísticas mensuales sobre el número de ciudadanos georgianos expulsados de la Federación Rusa en los años 2006 y 2007, la Corte se basó en los números invocados por el Gobierno de Georgia como uno de los elementos que probaban la existencia de la práctica administrativa cuestionada.

Por otra parte, la lógica general de la norma de satisfacción equitativa surge directamente de los principios de derecho público internacional sobre la responsabilidad del Estado. Esos principios incluyen tanto la obligación que tiene el Estado responsable de interrumpir los hechos internacionalmente ilícitos, como la obligación de reparar de forma total los perjuicios causados.

La Corte se basó en los documentos presentados por las partes y en que el Gobierno demandado reconoció que cierto número de los ciudadanos identificados por Georgia podían ser considerados víctimas. Sin embargo, la presentación de Georgia incluye a 290 personas que no pueden ser consideradas víctimas, dado que, entre otras razones, como alegó el Gobierno de la Federación Rusa, habían interpuesto recursos de manera individual ante la Corte; habían adquirido la nacionalidad rusa o bien poseían una nacionalidad que no era la georgiana; se habían dictado órdenes de expulsión contra ellas antes o después del período en cuestión; habían utilizado con éxito los recursos disponibles, o no fue posible identificarlas o sus recursos carecían de fundamentos adecuados debido a que la información presentada por el Gobierno recurrente resultaba insuficiente.

La Convención no contempla una disposición expresa sobre reparaciones por daños morales. Sin embargo, han sido confirmados los principios desarrollados gradualmente en su jurisprudencia. Las situaciones en las que el recurrente sufrió un trauma evidente, tanto físico como psicológico, dolor y padecimiento, angustia, ansiedad, frustración, sentimientos de injusticia o humillación, incertidumbre o perturbación, pueden diferenciarse de aquellas en las que la reivindicación pública

del mal padecido por el recurrente en una sentencia vinculante para el Estado contratante es *per se* una forma apropiada de reparación. En algunas situaciones, cuando una norma, un procedimiento o una práctica no alcanzan los estándares de la Convención, ello es suficiente para subsanar la cuestión. Sin embargo, en otras situaciones, el impacto de la violación puede ser considerado de un grado y una naturaleza tales que afectan significativamente el bienestar moral del recurrente, de manera que se requiere una acción ulterior. En efecto, el principio que rige a la Corte es la equidad, que, ante todo, implica flexibilidad y una consideración objetiva de aquello que es justo, equitativo y razonable en todas las circunstancias del caso, y no solo incluye la posición del recurrente, sino el contexto global de los hechos. Efectivamente, las reparaciones de esta índole sirven para reconocer que el daño moral ocurrió como resultado de la violación de un derecho humano fundamental, y, en un sentido más amplio, refleja la gravedad del daño.

En este caso, resulta indudable que un grupo de por lo menos 1500 ciudadanos georgianos sufrieron un trauma y experimentaron angustia, ansiedad y humillación durante el período en cuestión. Por consiguiente, pese al gran número de factores imponderables en juego, debido, entre otras cosas, al paso del tiempo, cabe otorgar una reparación por daños morales.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Georgia v. Russia*, sentencia del 31-1-2019, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189019>.



Derecho de los animales. Maltrato animal. Crueldad intrínseca. Práctica cultural. (Brasil).

Antecedentes del caso: la vaquejada es una actividad típica del Nordeste brasileiro en la que vaqueros a caballo intentan derribar a un toro dentro de una pista. El procurador general presentó una Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI por sus siglas en portugués) contra la Ley 15299/2013 del estado de Ceará, que regula la vaquejada como una práctica cultural y deportiva.

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Brasil anuló, por una mayoría de 6 votos contra 5, la ley objetada por considerarla inconstitucional.

Varias pericias acreditaron que la *vaquejada* provoca un sufrimiento innecesario a los toros, pues les produce fractura de patas, rotura de ligamentos y vasos sanguíneos y riesgos para la médula. También los caballos pueden sufrir lesiones. Por eso, esta actividad infringe una “crueldad intrínseca” a los animales que está prohibida por el art. 225 de la Constitución Federal.

Los jueces de la minoría del Tribunal votaron por la improcedencia de la acción. Reconocieron a la *vaquejada* como una manifestación cultural que no necesariamente implica un maltrato a los toros y señalaron que, por lo tanto, la ley del estado de Ceará no vulnera ninguna norma de la Constitución Federal.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 4983* del 6-10-2016, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>.



Derecho de propiedad. Especial trascendencia constitucional. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho al debido proceso. Deber de motivación de las decisiones jurisdiccionales. Derecho de defensa. Omisión de notificación a uno de los demandados. (República Dominicana).

Antecedentes del caso: Lucila Peña Rodríguez y Ramón Octavio Torres Peña interpusieron una querrela penal contra Rafael Avelino Espinal Cabrera, Lorenzo Antonio Durán, Basilia Antonia Tavares Rodríguez, Nicolás Santana Valdez y Eligio Franco, por una presunta violación al art. 1 de la Ley 5869 y al derecho de propiedad. Presentaron un título de propiedad expedido por el Instituto Agrario Dominicano (IAD) a nombre de Ramón Octavio Torres (fallecido en el 2000) y varias ventas celebradas entre ellos en su calidad de herederos. Alegaron ser los únicos propietarios que habían sembrado plantaciones de pinos de diferentes especies, y que los demandados jamás habían realizado labores de preservación ni de saneamiento de los árboles maderables sembrados allí. Aportaron también todos los informes técnicos del Ministerio de Medio Ambiente así como los planes de corte, documentos oficiales que dan plena fe por haber sido expedidos y otorgados al legítimo propietario de los terrenos. Aseguraron que los demandados pretendían hacerse expedir planes de corte de los pinos que estaban en la etapa de aprovechamiento, una acción ilegal que se convertiría no ya en una violación de propiedad, sino en un robo.

El Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago Rodríguez absolvió a los accionados, lo que fue confirmado por la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Montecristi.

Peña Rodríguez y Torres Peña interpusieron un recurso de casación contra esa sentencia. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia lo declaró inadmisibile el 14 de abril de 2014.

Entonces, Peña Rodríguez y Torres Peña interpusieron ante el Tribunal Constitucional un recurso de revisión constitucional. Alegaron que la resolución recurrida carecía de motivación y que estaba en juego el derecho de propiedad (art. 51 de la Constitución), por lo cual existía una violación a un derecho fundamental.

Afirmaron haber invocado la violación de este derecho en tiempo oportuno y aportaron documentación que los tribunales del control difuso no habían considerado. Solicitaron que se subsanara la conculcación del derecho de propiedad que había sufrido.

Los demandados solicitaron que el recurso de revisión fuera declarado inadmisibile y rechazado y que se confirmara la resolución recurrida. Manifestaron que el objeto del litigio es indivisible y que el recurso no había sido notificado a uno de los cinco beneficiados por la sentencia cuestionada, sino a alguien que no era parte del proceso. Por eso, entendieron que los demandantes habían vulnerado el procedimiento establecido en el art. 54.2 de la Ley 137/11. Respecto de la carencia de motivación de la resolución impugnada, los recurridos sostuvieron que el derecho de propiedad nunca había sido cuestionado y que no se querían adueñar de terrenos que no les pertenecían. También aseguraron que habían acreditado ser propietarios de las tierras que Peña Rodríguez y Torres Peña ocupaban.

Sentencia: El Tribunal Constitucional de la República Dominicana admitió, en cuanto a la forma, el recurso. También lo acogió en cuanto al fondo y, en consecuencia, anuló la resolución de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia.

1. El Tribunal Constitucional admitió el recurso de revisión, pues la decisión impugnada agotó la posibilidad de interponer recursos ordinarios o extraordinarios.

Por otra parte, el caso se ajusta a lo previsto por el art. 53.3 de la Ley 137/11, que limita las revisiones constitucionales de decisiones firmes a cuando se haya producido una violación de un derecho fundamental, como el de propiedad. Además, los demandantes agotaron todos los recursos disponibles sin que la conculcación del derecho fuera subsanada (53.3.b). Finalmente, la violación alegada resulta imputable de modo inmediato y directo a la acción de un órgano jurisdiccional que, en este caso, fue la Suprema Corte de Justicia (53.3.c).

También este recurso de revisión posee especial trascendencia constitucional, ya que la solución del conflicto planteado permite precisar el alcance del derecho a una decisión motivada en los procesos jurisdiccionales como garantía constitucional del debido proceso.

2. Los demandantes omitieron notificar a Eligio Franco. Por consiguiente, en virtud del principio de oficiosidad (art. 7.11 de la Ley 137/11), el Tribunal Constitucional lo notificó del recurso de revisión.

Sin embargo, esa irregularidad procesal carece de importancia en la especie, en vista de que Espinal Cabrera y los demás recurrentes (incluido Eligio Franco) presentaron un escrito de defensa y se pronunciaron sobre la falta de notificación, así como sobre cuestiones propias del fondo del recurso. Por lo tanto, puede considerarse que esa falta de notificación no ha implicado ninguna violación a su derecho de defensa.

3.1. La Suprema Corte de Justicia declaró la inadmisibilidad del recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los arts. 393, 399, 418, 425, 426 y 427 del Código Procesal Penal (CPP). Agregó el razonamiento siguiente: “Atendido

que, en virtud de los artículos precedentemente citados, y en aplicación de los principios rectores del plazo razonable y economía procesal, impone a esta Sala un examen previo y a grandes rasgos de la decisión atacada, a fin de verificar si la sentencia adolece de los vicios atribuidos por los recurrentes. Atendido que, en la especie, no hemos podido constatar la existencia de los vicios que al decir de los recurrentes adolece la decisión recurrida, por el contrario la misma refleja en sus motivaciones un claro criterio y una amplia fundamentación jurídica que son coherentes con su dispositivo, es en este tenor que el recurso de casación que ocupa nuestra atención es inadmisibles.”

Para el Tribunal Constitucional, esa resolución carece de fundamentación suficiente, ya que no explica cabalmente los motivos que indujeron a la Suprema Corte de Justicia a considerar como no tipificados los supuestos previstos en el art. 426 del CPP. La alta jurisdicción tampoco presentó una exposición concreta y precisa de cómo se produjo la valoración de las normas legales que fueron aplicadas.

3.2. El Tribunal Constitucional ha dicho (TC/0009/13) que reviste gran importancia que los tribunales no se eximan de correlacionar los principios, reglas, normas y jurisprudencia, en general, con las premisas lógicas de cada fallo, para evitar la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso por falta de motivación.

Para evitar la falta de motivación en sus sentencias y contribuir a afianzar la garantía constitucional de la tutela efectiva al debido proceso, los jueces deben incluir suficientes razonamientos y consideraciones concretas relativas al caso. También deben correlacionar las premisas lógicas y la base normativa de cada fallo con los principios, reglas, normas y jurisprudencia pertinentes, de forma tal que las motivaciones resulten expresas, claras y completas.

Del mismo modo, el cabal cumplimiento del deber de motivación de las sentencias que incumbe a los tribunales requiere: a) desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones; b) exponer de manera concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; c) manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión; d) evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitación en el ejercicio de una acción, y e) garantizar que la fundamentación de los fallos legitime las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad.

3.3. Por consiguiente, como no se explicitaron apropiadamente los fundamentos de la Resolución 1906/2014, el Tribunal Constitucional consideró que la Suprema Corte de Justicia había incumplido las pautas generales de motivación que conforman el test de la debida motivación (formulado por el Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0009/13).

Así, la Resolución 1906/2014 adolece de falta de motivación, lo cual vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso de los demandantes. Por eso, corresponde aplicar la normativa prevista en los acápites 9 y 10 del art. 54 de la Ley 137/11.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por Lucila Peña Rodríguez y Ramón Octavio Torres Peña c. la Resolución 1906/2014, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, caso TC/0030/17, sentencia del 31-1-2017, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/TC-0030-17.pdf>.



Derecho de propiedad. Propiedad intelectual. Restricciones. Obras importantes para la cultura de un país. Imposibilidad de acceso público. Expropiación. Derecho a la libertad de expresión. Derecho a difundir las ideas. (Turquía).

Antecedentes del caso: el primer párrafo del art. 47 de la Ley de Obras Intelectuales y Artísticas se refiere a la expropiación de las obras consideradas importantes para la cultura del país. Antes de que fuera reformado, había que cumplir dos condiciones para expropiarlas: agotamiento de los ejemplares y falta de voluntad de los titulares de derechos para reeditarlas. A partir de la modificación de la norma, las nuevas condiciones son la muerte del autor, el pago de un canon apropiado a los titulares de derechos hasta la expiración de los plazos de protección y un decreto del Consejo de Ministros. En otras palabras, la enmienda permite al gobierno dictar un decreto que expropie los derechos sobre obras intelectuales y artísticas que todavía pueden ser usadas o vendidas por los herederos de sus creadores.

El principal partido de la oposición promovió una acción y alegó que no había un interés público en la expropiación de obras aún disponibles en el mercado y que no podían ser consideradas inhallables. Argumentó, además, que la indemnización a través de un canon que determinara solo una de las partes constituía una violación al derecho de propiedad. También señaló que un almacenamiento monopolístico de obras, a las que el público podía acceder sin obstáculos, con los métodos y alcances determinados por el Estado violaba el derecho a la libertad de expresión y a la difusión de ideas y la libertad de acceso al pensamiento y a la información.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Turquía resolvió que la expropiación de derechos de autor —destinada a asegurar el almacenamiento público de las obras importantes para la cultura del país— era constitucional. Sin embargo, consideró que la expropiación de obras a las que el público podía acceder a través de transacciones con los herederos del autor violaba el derecho de propiedad y no constituía un medio idóneo para lograr el objetivo invocado.

Por otra parte, el estándar de que una obra “es importante para la cultura de un país” es vago y susceptible de una aplicación incorrecta.

La discrecionalidad para determinar la forma, los medios y el alcance de la publicación de una obra intelectual y artística corresponde, luego de la muerte del

autor, a sus herederos. Este aspecto es inseparable del derecho a difundir las ideas y opiniones, que constituye un elemento esencial de la libertad de expresión.

Así, la reforma viola el derecho de propiedad, consagrado en el art. 35 de la Constitución, y constituye una injerencia desproporcionada en la libertad de expresión y en la libertad de la ciencia y el arte. Por lo tanto, el Tribunal anuló la primera frase del primer párrafo del art. 47 de la Ley de Obras Intelectuales y Artísticas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE TURQUÍA, sentencia del 14-5-2015, reseña del fallo por KÖYBAŞI, Serkan, en ALBERT, Richard, LANDAU, David, FARAGUNA, Pietro y DRUGDA, Simon (eds.), *2016 Global Review of Constitutional Law* [en línea]. New York - Boston: I-CONnect - Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, 2017, p. 218, en <http://www.bc.edu/content/dam/files/centers/clough/constitutional-law/ReviewofConLaw-final.pdf>. ISBN: 978-0-692-92516-4.



Derecho del consumidor. Hackeo de la información personal de usuarios de servicios de información y comunicaciones. Responsabilidad del proveedor. Demanda de daños y perjuicios. Derecho al respeto a la vida privada. Derecho a la intimidad. (Corea del Sur).

Antecedentes del caso: ciertos usuarios de servicios de información y de comunicaciones brindaron a su proveedor acceso a su información personal y, luego, sus datos fueron hackeados. Promovieron una demanda de daños y perjuicios contra el proveedor ante diversas instancias y llegaron al Tribunal Superior de Seúl, que rechazó la acción. Por lo tanto, apelaron ante la Suprema Corte de Corea del Sur.

El caos exige, por un lado, establecer si el proveedor de servicios de información y comunicaciones tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la información personal de los usuarios y, por otro lado, resolver si es correcto el criterio empleado para determinar si esa obligación fue violada.

Sentencia: la Suprema Corte de Corea del Sur rechazó el recurso por unanimidad e impuso costas a los demandantes.

El proveedor de servicios tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la información personal de los usuarios, con base en la Ley para la Promoción y Protección de la Información y el Uso de Redes de Comunicación, y en el contrato de servicios de información y comunicaciones celebrado con los usuarios.

Para determinar si la obligación fue respetada, se evaluó si el proveedor había tomado todas las medidas de protección esperadas.

1. En cuanto a la demanda de daños y perjuicios contra Ebay Korea Co. Ltd.:

1.1. El art. 28.1 de la Ley para la Promoción y Protección de la Información y el Uso de Redes de Comunicación (modificada por la Ley n.º 8852 del 29 de febrero de 2008) disponía que “cuando se administra información personal de los usuarios, los proveedores de servicios de información y comunicaciones deben tomar las medidas técnicas y administrativas necesarias conforme al decreto del Ministerio de Información y Comunicación para impedir la pérdida, robo, fuga, alteración o eliminación de información personal”. El art. 3.3.1 de la norma de aplicación de la ley (modificada por el Decreto n.º 34 del Ministerio de Administración y Seguridad Pública, del 23 de septiembre de 2008) dispone que los proveedores de servicios de información y comunicación deben implementar una serie de medidas técnicas y administrativas para proteger la información personal. Las medidas son: desarrollar e implementar planes de gestión interna para el manejo seguro de la información personal; instalar y ejecutar sistemas de prevención para bloquear el acceso ilegal a la información personal; impedir la fabricación y alteración de registros de acceso; desarrollar medidas de seguridad por medio de tecnologías de cifrado para almacenar y transmitir información personal en forma segura; tomar medidas como la instalación de antivirus, y llevar a cabo cualquier otra medida necesaria para proteger la información personal. Por lo tanto, los proveedores de servicios de información y comunicaciones se encuentran legalmente obligados a tomar las medidas técnicas y administrativas necesarias para proteger la información personal de acuerdo con lo establecido en cada subpárrafo y con el art. 3.3.1 del decreto del Ministerio de Información y Comunicación.

Además, en los casos en los que los proveedores almacenaron información de los usuarios conforme a los términos y condiciones plasmados en el contrato, los proveedores están obligados a tomar las medidas necesarias para proteger la información personal almacenada, con el objetivo de que no se pierda ni sea robada, alterada o eliminada.

1.2. Sin embargo, existen circunstancias que deben tomarse en cuenta, como el elevado riesgo de exposición a actos ilegales de invasión como el hackeo, ya que los servicios de información y comunicaciones se proveen *online*; la dificultad para garantizar una seguridad compatible con el ritmo del desarrollo tecnológico; el hecho de que los hackers utilizan diferentes métodos para atacar las redes y sistemas de los proveedores, y que la tecnología de seguridad para impedir los hackeos suele mejorar a partir de nuevos incidentes. Por lo tanto, con respecto a determinar si los proveedores de servicios de información y comunicaciones han violado las obligaciones legales o contractuales, deberán tomarse en cuenta las siguientes cuestiones: el nivel universal de tecnología de seguridad informática existente en el momento del hackeo y otras invasiones a la privacidad; las medidas generales de seguridad tomadas por los proveedores en relación con la dimensión de la empresa; el costo económico y la utilidad necesaria para garantizar la seguridad informática, y el alcance del daño causado a los usuarios por la fuga de información personal.

Además, el art. 3.3.2 del decreto del Ministerio de Información y Comunicación dispuso que “el ministro de Información y Comunicación debe establecer y notificar los estándares específicos para las medidas de protección conforme a cada subpárrafo del párrafo 1”. Por lo tanto, el ministro estableció “los estándares para las medidas

de protección técnicas y administrativas de la información personal” (notificaciones n.º 2005-18 y n.º 2007-3 del Ministerio de Información y Comunicación), que debían ser cumplidos conforme al art. 28.1 de la ley de redes de información y comunicaciones, en función del nivel tecnológico de los prestadores. Si los proveedores hubieran tomado las medidas de protección técnicas y administrativas dispuestas en las notificaciones, no se habrían violado las obligaciones legales o contractuales.

2. En cuanto a los fundamentos de las apelaciones n. 1, 8 y 10:

2.1. Los argumentos y registros esgrimidos por el tribunal de primera instancia revelaron los siguientes hechos:

2.1.1. Los demandantes celebraron un contrato de servicio para utilizar el servicio de agente comercial ofrecido por el proveedor y se registraron *online* y brindaron información personal como nombre, número de registro de residente, número de teléfono y dirección de correo electrónico, conforme al punto 8 de los términos y condiciones del demandado. A comienzos de 2008, el servidor fue hackeado. De acuerdo con la investigación policial, se presume que un grupo de hackers chinos se conectaron a Tomcat (un tipo de servidor de aplicación web instalado en el servidor eNomix, que pertenece al demandado) mediante una identificación y contraseña predeterminadas. Luego de acceder, subieron un virus troyano a la página del administrador del servidor de Tomcat para invadir el servidor de eNomix y obtuvieron la identificación y la contraseña encriptada de la base de datos del administrador. En cuatro oportunidades, los hackers filtraron la información personal almacenada en la base de datos del proveedor.

2.1.2. Mientras tanto, para restringir el acceso ilegal a la información personal, el demandado había protegido la información a través de medidas técnicas y administrativas. Entre ellas, la implementación de planes de gestión interna para asegurar la información personal, como el control del acceso, de cumplimiento obligatorio para todos los empleados y ejecutivos; la instalación de sistemas de prevención y detección de intrusiones en las redes; el desarrollo de una regla de formación de contraseñas, y la instalación de varios softwares antivirus.

2.1.3. En el momento del hackeo, estas medidas de seguridad seguían vigentes. Además, el proveedor instaló una aplicación web de seguridad en el servidor de eNomix, que formaba parte de las medidas de seguridad opcionales y no estaba exigida por la ley. Por lo tanto, no puede afirmarse que el demandado no haya tomado las medidas de protección razonables y esperables con respecto al servidor eNomix, como alegaron los demandantes.

2.1.4. Por las características de la estructura del sistema —que operaba cientos de servidores web y decenas de servidores de base de datos—, el demandado tenía ciertas dificultades para identificar y mejorar completamente cada punto débil. Sin embargo, luego del hackeo, pudieron ejercer un mayor control sobre los puntos débiles del servidor de Tomcat. Además, si se consideran todas las medidas de seguridad implementadas por el proveedor, como el sistema de detección de intrusiones de la red o el sistema de control de autenticación y acceso del servidor de la base de datos, no puede afirmarse, con base únicamente en la existencia de puntos débiles, que no haya tomado todas las medidas necesarias para proteger la información de los usuarios.

2.1.5. El demandado había ejecutado diversos sistemas de control de autenticación y acceso para el servidor de la base de datos en cuestión y monitoreado los accesos anormales al servidor de la base de datos. Asimismo, tras evaluar las características de la empresa o del sistema del proveedor y el nivel de seguridad tecnológica que tenía en el momento del hackeo, no puede afirmarse que el proveedor haya establecido erróneamente los requisitos para la detección de anomalías. Sin embargo, aunque las consultas realizadas mientras los hackers filtraban información personal no superaran el nivel promedio, el demandado no pudo detectar la activación de consultas de los hackers.

2.1.6. El demandado, luego de haber identificado anomalías en la página web, tomó medidas razonables conforme a sus pautas de respuesta a incidentes de intrusión interna. Además, el programa de los hackers era difícil de detectar y el proveedor no contaba con antivirus eficaces.

2.1.7. Se presume que los hackers atacaron el servidor de eNomix con técnicas de hackeo sofisticadas como la carga y activación de la variante Webshell, el redireccionamiento de puertos para eludir el servidor de seguridad, la suplantación de identidad (*spoofing*) y el uso de un programa de descifrado de contraseñas para atacar el protocolo de resolución de direcciones. Asimismo, se supone que filtraron la información de la base de datos luego de obtener las identificaciones y contraseñas encriptadas. Si consideramos los métodos de hackeo utilizados, el nivel de seguridad tecnológica en ese momento y las medidas generales de seguridad tomadas por el demandado, puede afirmarse que el proveedor tuvo dificultades para evitar el ataque.

3. Al evaluar las circunstancias a la luz de los principios legales, no puede afirmarse (como alegaron los demandantes) que el demandado no hubiera cumplido con la obligación de tomar medidas técnicas y administrativas conforme a lo establecido en el art. 28.1 de la ley de las redes de información y comunicaciones, o a las obligaciones contractuales.

4. En cuanto al fundamento de la apelación n.º 9:

El art. 5.1 de la Notificación n.º 2005-18 dispone que “los proveedores de servicios de información y comunicaciones deberán utilizar el método de encriptación unidireccional para evitar la decodificación de información que verifique la identidad de las personas, como la contraseña y la bioinformación”. El tribunal de primera instancia tomó dos decisiones con base en la disposición que rige la encriptación del número de registro de residente fue agregada por medio del art. 15.4.2 del decreto de aplicación de la ley. Primero, el número de registro de residente no estaba comprendido dentro de la información de verificación de identidad, que se encontraba sujeta a encriptación conforme a lo dispuesto en el art. 5.1 de la notificación. Segundo, aunque el demandado no había encriptado el número de registro de residente de los usuarios, no puede afirmarse que haya violado sus obligaciones legales o contractuales por la sofisticación de la tecnología de encriptación implementada en ese momento.

5. En cuanto al fundamento de la apelación n.º 11:

El tribunal de primera instancia señaló que el art. 7.1 de la Notificación n.º 2005-18 —que establece que los proveedores de servicios de información y

comunicaciones deben especificar la finalidad que tendrá la información registrada en el sistema, y minimizar en lo posible la cantidad de datos que deben ser provistos— disponía las medidas de protección que debe tomar la parte autorizada cuando registra archivos de información personal. Según este criterio, rechazó el argumento de los demandantes de que el proveedor había violado sus obligaciones porque el art. 7.1 no era aplicable a los casos de robo de información personal (como en el presente caso de hackeo).

El art. 2 de la Notificación n.º 2004-54 establece en forma detallada las medidas de protección necesarias para garantizar la fiabilidad de la información y la seguridad de las redes de servicios de información y comunicaciones. El art. 2.2.8 dispone medidas relativas a la configuración de seguridad, como la remoción de protocolos y servicios innecesarios para los proveedores de servicios de información y comunicaciones. El tribunal de primera instancia rechazó el argumento de los demandantes de que el proveedor había violado estas obligaciones. Además, sostuvo que la herramienta DTS (servicio de transformación de datos, por sus siglas en inglés) del servidor de eNomix era empleada por la mayoría de los servicios de información y comunicación y que no podía considerarse poco apta.

6. En cuanto a la demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el proveedor:

El tribunal de primera instancia rechazó la pretensión de los demandantes ya que no es posible afirmar que el proveedor hubiera podido evitar el hackeo mediante un monitoreo más eficaz.

7. En conclusión, la sentencia del tribunal de primera instancia, que coincide con este mismo enfoque, resulta justificable y aceptable. Al mismo tiempo, el tribunal inferior no cometió el error de privilegiar el principio de la libre valoración de la prueba por encima de la lógica y la experiencia, o de malinterpretar los principios jurídicos sobre la responsabilidad indemnizatoria de los proveedores.

SUPREMA CORTE DE COREA DEL SUR, decisión 2013Da43994, sentencia del 12-2-2015, en http://library.scourt.go.kr/SCLIB_data/decision/06-2013Da43994.htm.



Derecho del Trabajo. Derecho a no sufrir discriminación salarial por razón de sexo. Derecho a la igualdad. Discriminación salarial a las mujeres. (España).

Antecedentes del caso: en diciembre de 1994, María comenzó a trabajar como oficial de primera en una empresa dedicada a la prestación de servicios administrativos de gestión en la tramitación de expedientes de operaciones financieras en la red de sucursales de Unicaja, en otras empresas del grupo y

para el Banco Unicaja. En 1996 fue nombrada responsable del departamento de administración, actualmente departamento de finanzas.

Dentro del organigrama de cargos y departamentos de la empresa existen cuatro jefaturas de departamentos, una secretaría técnica y la gerencia, de la que dependen jerárquicamente todos los responsables de departamentos (uno de servicios generales, dos de línea de producción, uno de finanzas y una secretaría técnica). El único departamento que no estaba a cargo de un empleado varón era el de finanzas, cuya responsable era María. Todos los responsables de departamentos son apoderados mancomunados, al menos desde 2007.

Entre 2014 y 2016, los responsables de departamento cobraron su salario y recibieron incentivos. Sin embargo, en enero de 2016, María advirtió que había recibido una retribución sensiblemente inferior que la sus compañeros y consultó al gerente por la diferencia salarial, pero no obtuvo respuesta.

Hasta febrero de 2017, las retribuciones percibidas por todos los responsables de departamento estaba compuesta por dos conceptos: salarios e incentivos. A partir de entonces, el gerente suprimió el rubro incentivos y lo incluyó dentro del salario. Dado que la empresa no había establecido un sistema para otorgar incentivos, el monto percibido por cada responsable de departamento constituía una decisión unilateral y discrecional del gerente. La empresa también abonaba un pago extra a los responsables de departamento. Además, cobraban un complemento retributivo durante las situaciones de incapacidad temporal, que se le denegó a María en marzo de 2017.

El 2 de mayo de 2017 María fue despedida e interpuso una demanda contra la empresa. El juzgado tuteló los derechos fundamentales de la actora, declaró la vulneración de su derecho a no sufrir discriminación salarial por razón de sexo (arts. 14 de la Constitución Española y 28 del Estatuto de los Trabajadores) y consideró que la decisión de la empresa había sido discriminatoria y contraria al principio de igualdad. Asimismo, condenó a la demandada a restituir a la actora, desde enero de 2017, un salario anual de €48 950,16 en lugar de los €33 672 que percibía hasta entonces, dado que la empresa no le había reconocido un salario equivalente al de sus compañeros varones. Por último, condenó a la demandada a indemnizar a la actora con €35 000 por daños y perjuicios.

La empresa interpuso un recurso de suplicación.

Sentencia: la Sala de lo Social con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso. Confirmó la sentencia recurrida y condenó a la empresa a abonar las costas del recurso.

1. Entre 2010 y 2017 María había percibido retribuciones sustancialmente inferiores a las de los demás responsables de departamento.

2. La recurrente alegó que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales resultaba inadecuada para conocer de las pretensiones de la demanda, dado que María había solicitado su reincorporación y el reconocimiento de un salario y de las diferencias retributivas respecto de sus colegas. Sostuvo que el reclamo debía hacerse mediante un proceso ordinario.

María había alegado haber sido discriminada por percibir un salario inferior que sus compañeros varones en el mismo puesto e invocó una discriminación por razón de sexo. El hecho de que hubiera sido despedida antes de demandar a la empresa no es relevante para la tutela de los derechos fundamentales a la no discriminación, que no exige la vigencia de la relación laboral en el momento en que se interpone el recurso.

Finalmente, el cumplimiento de la sentencia que ordena la compensación salarial está condicionado por la vigencia de la relación laboral, por lo que el nuevo salario únicamente deberá abonarse hasta la fecha de la extinción del contrato de trabajo. La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales fue adecuada.

3. La recurrente también alegó la prescripción del reclamo de indemnización por resultar extemporáneo.

Sin embargo, la acción no era extemporánea porque había sido interpuesta un año antes del despido. Además, la situación discriminatoria subsistía cuando el vínculo laboral había concluido.

4. La recurrente alegó que no se había vulnerado el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo por el simple hecho de que María hubiera percibido retribuciones algo inferiores a las del resto. Sostuvo que la carga de la prueba correspondía a María, ya que la evidencia estadística presentada por ella resultaba insuficiente, y que no toda desigualdad tiene un origen discriminatorio, pues existen razones objetivas que explican la diferencia salarial.

El art. 14 Constitución y los arts. 4.2.c y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores prohíben expresamente la discriminación por razón de sexo. El art. 28 ET establece el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo, que no implica en todos los casos un tratamiento igual, pues no toda desigualdad de trato supone una infracción del contenido del art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia sin una justificación objetiva y razonable. Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, prohíbe la aplicación de criterios de diferenciación arbitrarios.

Respecto de las reglas sobre la carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales, el art. 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que, en los procesos en que se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado aportar una justificación objetiva, razonable y probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En este caso, resultó incuestionable que la actora durante los últimos años había percibido un salario inferior al de sus colegas varones. Por lo tanto, corresponde a la empresa acreditar la justificación objetiva, razonable y ajena a todo propósito discriminatorio de la diferencia retributiva.

Dado que la empresa no ha justificado su decisión, el Tribunal desestimó el argumento y confirmó la sentencia de instancia en lo referente a la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación salarial por razón de sexo.

5. La recurrente sostuvo que debía dejarse sin efecto la sentencia de instancia que promovió la restitución retroactiva del derecho de María y condenó a la

demandada a abonarle la compensación del salario anual. Alegó que el derecho de la empleada no tenía efectos previos a la presentación de la demanda.

El Tribunal desestimó la impugnación de la sentencia de instancia. El art. 182.1.d de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que la tutela de los derechos fundamentales debe restablecer la situación previa al daño, así como reparar las consecuencias de la acción u omisión del responsable. Por tanto, dado que la sentencia de instancia declaró que había existido discriminación salarial por razón de sexo, la consecuencia lógica era condenar a la empresa a abonar las retribuciones correspondientes.

6. Finalmente, la recurrente solicitó que se dejara sin efecto la indemnización por daños y perjuicios fijada en la sentencia de instancia, dado que María no había ofrecido evidencia que permitiera precisar los daños y perjuicios.

El Tribunal también desestimó esta solicitud y confirmó la sentencia recurrida. Consideró que, cuando se vulnera un derecho fundamental en el ámbito laboral, la resolución judicial no debe limitarse a constatar la existencia de la vulneración. Es necesario fijar, además, y con independencia de que se haya acreditado o no un perjuicio económico, una indemnización correspondiente al daño moral producido —cuyo alcance será determinado prudencialmente por el tribunal—.

En definitiva, debe establecerse una distinción entre el daño moral generado automáticamente cuando se vulnera un derecho fundamental y otros daños y perjuicios adicionales. Con un criterio análogo, la sentencia de instancia que consideró vulnerados los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de María fijó una indemnización por daño moral de €35 000 tras evaluar las diferencias salariales entre los empleados.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, Sala de lo Social con sede en Málaga, recurso de suplicación 2089/17 interpuesto por XXX S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Málaga, sentencia 246/2018 del 14-2-2018, en <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES%20SUPERIORES%20DE%20JUSTICIA/TSJ%20Andalucia/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/Sala%20Social%20-%20Brecha%20salarial.pdf>.



Derecho del trabajo. Derecho de huelga. Empleados públicos. Descuentos salariales. Control de constitucionalidad. (Brasil).

Antecedentes del caso: algunos empleados públicos hicieron muchas huelgas en 2016 y, como fueron declaradas ilegales, se les descontaron los días de sus salarios.

La Constitución de 1988 garantizó el derecho de huelga a los empleados públicos, pero delegó su reglamentación a la Legislatura. Después de casi treinta años, no se dictó la ley.

En 2007, el Tribunal Supremo Federal trató la cuestión y ordenó que se aplicara, extensivamente por analogía, la ley relativa a las huelgas del sector privado a los empleados públicos hasta que el Congreso aprobara una norma específica.

Los representantes de la Fundación de Apoyo a la Escuela Técnica del estado de Río de Janeiro interpusieron un recurso extraordinario en el que cuestionaban la decisión judicial del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro que les ordenaba no efectuar deducciones salariales a los trabajadores que habían hecho huelga durante varios meses. Alegaron que el ejercicio del derecho de huelga por parte de empleados públicos implica necesariamente el descuento de los días no trabajados.

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Brasil decidió, por 6 votos contra 4, que la administración pública debía aplicar descuentos salariales a los empleados públicos que hicieran huelga, a menos que hubiera sido motivada por una conducta ilegal del Estado. Sin embargo, también existe la posibilidad de acordar la compensación de los días no trabajados a través de horas extras.

Los recortes salariales son necesarios para una adecuada distribución de los gastos que origina la huelga y para que la decisión de paralizar las actividades, que genera un sacrificio de la población, no sea adoptada por los trabajadores sin considerar sus consecuencias.

Del mismo modo, existe la posibilidad de que, en caso de un conflicto laboral prolongado, una decisión judicial minimice los descuentos para no sobrecargar excesivamente a los empleados y afectar su subsistencia. Por otra parte, la Constitución no asegura el derecho de huelga con pago de salario.

La minoría de los jueces del Tribunal estimó que la aplicación de descuentos salariales no podía ser decidida unilateralmente por la administración pública, sino que dependía de una resolución judicial previa que declarara ilegal la huelga. Consideró también que no era posible imponer condiciones al ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado en la Constitución de 1988, pero que el Congreso aún no había reglamentado en forma específica, y que, por eso, el Estado no estaba obligado a realizar las deducciones.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *RE 693456-RG* del 27-10-2016, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE693456.pdf>.



Derecho del trabajo. Ejercicio ilegal de la abogacía por parte de ciudadanos extranjeros. (India).

Antecedentes del caso:

Caso Lawyers Collective vs. Bar Council of India:

El Reglamento del Consejo de Abogados de la India autorizó a varios estudios jurídicos extranjeros a abrir oficinas de enlace en el país. El Tribunal Superior de Bombay concluyó que la autorización era contraria a las disposiciones de la Advocates Act (ley que rige el ejercicio de la abogacía) de 1961 y del Consejo de Abogados de la India, que impiden que los abogados extranjeros ejerzan su profesión allí.

Caso A. K. Balaji vs. The Government of India:

A. K. Balaji, un abogado matriculado en el Consejo de Abogados del Estado de Tamil Nadu, demandó a varios estudios jurídicos de EE. UU., Reino Unido, Francia y Australia que presuntamente ejercían la abogacía de manera ilegal en la India. Alegó que, para hacerlo, es preciso ser ciudadano indio y poseer un título de abogado otorgado por una universidad nacional. Agregó que los extranjeros solo pueden ser admitidos como abogados siempre y cuando los ciudadanos indios cuenten con reciprocidad de condiciones laborales en esos otros países. Balaji sostuvo que, de conformidad con el art. 29 de la ley que rige el ejercicio de la abogacía, los abogados extranjeros no pueden ejercer en la India, pero que, a través del LPO (Legal Process Outsourcing, término usualmente empleado para referirse a la práctica de delegar las funciones de los departamentos jurídicos corporativos o de los estudios de abogados en empresas de distintas partes del mundo) y al derecho de dirigir seminarios y de intervenir en arbitrajes, los abogados extranjeros con visa de turista ejercen la profesión de manera ilegal y, además, violan leyes impositivas y de inmigración.

El Tribunal Superior de Madrás concluyó que, en la medida en que no constituya una forma de ejercicio de la abogacía, no está prohibido que los estudios jurídicos extranjeros radicados en la India participen de negociaciones, tramiten documentos, intervengan en arbitrajes, presten servicios de consultoría y asistencia para la protección y gestión de derechos de propiedad intelectual, empresarial e industrial, o realicen investigaciones o encuestas de mercado y publiquen informes, revistas, etc. Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2.1.f de la Ley de Arbitraje y Conciliación de 1996, observó que, cuando el país es sede de un arbitraje comercial internacional, el contratante extranjero debe contar con la asistencia de abogados de su propio país. Asimismo, sostuvo que la ley no prohíbe a los abogados extranjeros visitar temporalmente a sus clientes en la India para brindarles asesoramiento jurídico sobre derecho extranjero, sobre su propio sistema jurídico o sobre cuestiones de derecho internacional. Por último, opinó que no entran en el ámbito de aplicación de la ley las compañías de BPO (Business Process Outsourcing) que proveen un amplio rango de servicios a sus clientes, tales como

el procesamiento de textos, asistencia de secretaría, servicios de transcripción, de corrección de textos y de asistencia en viaje.

Global Indian Lawyers promovió un recurso ante la Suprema Corte contra la sentencia del Tribunal Superior de Bombay y el Consejo de Abogados de la India interpuso una demanda contra la decisión del Tribunal Superior de Madrás.

Sentencia: la Suprema Corte de la India confirmó, con algunas modificaciones, las decisiones de los tribunales superiores de Bombay y de Madrás.

A partir del párrafo 63 de la sentencia del Tribunal Superior de Madrás, analizó: 1) si la expresión “ejercer la profesión de abogado” incluye solamente la actividad litigiosa o también la no litigiosa; 2) si los estudios jurídicos y abogados extranjeros pueden ejercer sin cumplir los requisitos exigidos por la ley y por el Reglamento del Consejo de Abogados de la India; 3) en caso negativo, si existe la prohibición de que esos estudios y abogados visiten la India temporariamente para brindar asesoramiento jurídico en materia de derecho extranjero; 4) si existe la prohibición de que los estudios jurídicos y los abogados extranjeros intervengan en procesos arbitrales derivados de contratos de comercio internacional y 5) si las compañías de BPO que proveen servicios integrales están contempladas en la ley o en el Reglamento del Consejo de Abogados de la India.

En la práctica de la abogacía, no solo se exige una conducta ética cuando el abogado comparece ante los tribunales, sino también en el ejercicio de la profesión fuera de ellos. Además, es preciso acatar los estándares profesionales establecidos. Por ello, la Suprema Corte sostuvo que la práctica de la abogacía incluye tanto la actividad litigiosa como la no litigiosa, la emisión de dictámenes, la elaboración de instrumentos jurídicos y la participación en conferencias sobre cuestiones jurídicas. El capítulo IV de la ley establece que solo los abogados matriculados en el Consejo de Abogados están autorizados a ejercer la profesión, salvo que otra ley disponga lo contrario. Los no matriculados solo pueden litigar con autorización del tribunal o de la autoridad o persona que conoce en el asunto. La prohibición aplicable a los no matriculados conforme a la ley también se aplica a los extranjeros.

Las visitas temporarias de los abogados extranjeros, cuando son regulares, podría constituir práctica de la abogacía, pero una visita casual para brindar un asesoramiento puntual podría no encuadrarse en la expresión “práctica”. Si bien el Consejo de Abogados de la India y la Unión de la India pueden adoptar medidas al respecto, la Suprema Corte consideró inaceptable la afirmación de que la ley solo se aplica cuando una persona interviene en cuestiones relativas al derecho de la India. Asimismo, los abogados extranjeros no están autorizados a asesorar en materia de derecho extranjero sin atenerse al Reglamento del Consejo de Abogados. Por otra parte, resulta infundada la afirmación de que la ley no se aplica a empresas, sino solo a individuos, ya que es igualmente aplicable a grupos de personas o a personas jurídicas.

No es posible tampoco sostener que los abogados extranjeros no tienen restricción alguna para intervenir en arbitrajes en la India. Si la cuestión se rige por las normas específicas de una institución o si entra en el ámbito de aplicación de los

arts. 32 o 33 de la ley, no hay prohibición para intervenir en esos procedimientos de la forma en que esté prescripto. Si, en cambio, se rige por un acuerdo de sometimiento a arbitraje de comercio internacional, las actuaciones entran en el ámbito de aplicación de los arts. 32 o 33 interpretados en conjunción con las normas de la Ley de Arbitraje. Incluso en esos casos, es preciso observar las disposiciones del Código de Ética Profesional de la India. El Consejo de Abogados de la India o el Gobierno central deben adoptar una disposición específica si lo consideran apropiado.

Las empresas de BPO que proveen servicios personalizados e integrales a sus clientes no violan las normas de la ley que rige el ejercicio de la abogacía en la medida en que sus actividades no constituyan práctica de la abogacía. En efecto, si sus servicios constituyen directa o indirectamente una forma de ejercicio de la profesión, la ley no resulta aplicable. El asunto debe abordarse caso por caso, según las circunstancias.

La Suprema Corte confirmó las decisiones de los tribunales superiores de Bombay y de Madrás de que los estudios jurídicos o los abogados extranjeros no pueden ejercer la abogacía en la India en relación con cuestiones litigiosas o no litigiosas.

Sin embargo, la Suprema Corte modificó la resolución del Tribunal Superior de Madrás que no restringe las visitas temporarias de abogados extranjeros para brindar asistencia jurídica a sus clientes, ya que la expresión “temporariamente” solo hace referencia a una visita casual que no constituye “práctica” de la abogacía. La discusión acerca de si un abogado extranjero solo puede visitar la India temporariamente con el propósito de brindar asesoramiento jurídico a sus clientes en materia de derecho extranjero, nacional o de otro tipo, o si ejercía la profesión, puede ser dirimida por el Consejo de Abogados de la India. Sin embargo, el Consejo o la Unión de la India pueden adoptar las medidas que consideren apropiadas al respecto, como la posibilidad de aplicar el Código de Ética en esos casos.

Asimismo, la Suprema Corte modificó la decisión del Tribunal Superior de Madrás en cuanto a que no puede prohibirse a los abogados extranjeros intervenir en procesos arbitrales en la India sobre controversias sometidas al arbitraje comercial internacional. En efecto, el abogado extranjero no tiene un derecho absoluto al respecto. Si son aplicables las normas de arbitraje institucional o si el asunto está contemplado en las normas de la Ley de Arbitraje, los abogados extranjeros no pueden ser privados del derecho a intervenir en procesos arbitrales, de acuerdo con los arts. 32 y 33 de la ley. De todas formas, deben observar lo dispuesto por el Código de Ética Profesional de los abogados en el país. El Consejo de Abogados de la India y la Unión de la India pueden adoptar medidas al respecto.

Finalmente, la Suprema Corte modificó la decisión del Tribunal Superior de Madrás en cuanto a que las empresas de BPO que proveen un amplio rango de servicios a sus clientes —procesamiento de textos, asistencia de secretaría, servicios de transcripción, de corrección de textos y de asistencia en viaje, entre otros— no entran en el ámbito de aplicación de la ley que rige el ejercicio de la abogacía o del Reglamento del Consejo de Abogados de la India. En caso de que los servicios de las

empresas de BPO requieran la práctica de la abogacía, corresponde aplicar la ley que limita el ejercicio de la profesión para abogados extranjeros.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Bar Council of India vs. A. K. Balaji and Ors.*, sentencia del 13-3-2018, en http://www.supremecourtindia.nic.in/supremecourt/2012/13890/13890_2012_Judgement_13-Mar-2018.pdf.



Derecho del Trabajo. Licencias. Protección de la maternidad y de las personas discapacitadas. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Turín y el Tribunal de Trento plantearon la inconstitucionalidad del art. 24, inc. 2 y siguientes del Decreto Legislativo 151/2001 (texto único de las disposiciones legislativas en materia de protección y apoyo de la maternidad y de la paternidad conforme a la Ley 53/2000 - decreto legislativo). Lo consideraron violatorio de los arts. 3, 31.2 y 37.1 de la Constitución italiana y de su art. 117 en relación con los arts. 20, 21, 23, 33 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que no prevé la concesión de la prestación por maternidad a las trabajadoras en uso de licencia para asistir —de conformidad con el art. 42.5 del decreto legislativo— al cónyuge conviviente y al hijo discapacitados cuando hayan transcurrido más de sesenta días entre el comienzo de esa licencia extraordinaria y el inicio del período de licencia por maternidad.

La Corte Constitucional resolvió ambos recursos en una única sentencia.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 24.3 del Decreto Legislativo 151/2001, porque no excluye, del cómputo de sesenta días inmediatamente anteriores al comienzo del período de licencia por maternidad, al período de licencia extraordinaria —previsto en el art. 42.5 de ese decreto legislativo— del que la trabajadora gestante haya gozado para la asistencia al cónyuge conviviente o a un hijo gravemente discapacitados, conforme lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 104/1992 (ley marco de asistencia, integración social y derechos de las personas discapacitadas).

El art. 24.3 del Decreto Legislativo 151/2001 concede licencia por maternidad a las trabajadoras gestantes que, en el momento de iniciarla, se encuentren suspendidas, ausentes de su trabajo sin retribución o desocupadas, siempre que, entre el comienzo de la suspensión, la ausencia o la desocupación y el comienzo de la licencia, no hayan transcurrido más de sesenta días. El artículo excluye del cómputo de los sesenta días a las ausencias debidas a enfermedad o a accidentes de trabajo, comprobadas y reconocidas por las entidades gestoras de la seguridad social, así como al período de licencia parental (un período facultativo de diez meses de abstención laboral que puede repartirse entre los dos padres) o por enfermedad del hijo gozado

durante una maternidad precedente, al período de ausencia gozado para el cuidado de menores en régimen de custodia, y al período de no prestación laboral prevista en el contrato de trabajo a tiempo parcial de tipo vertical (que es un tipo de contrato en el que la persona trabaja la jornada completa pero solo algunos días de la semana, del mes o del año).

Los tribunales de Turín y de Trento solicitaron la ampliación de los supuestos previstos en el art. 24.3 del decreto legislativo para incluir a las trabajadoras gestantes que presten asistencia al cónyuge y al hijo discapacitados.

La Constitución impone la protección de la salud física de la mujer y del niño y también del vínculo entre ambos (en relación con las exigencias de carácter vincular y afectivo ligadas al desarrollo de la personalidad del niño). Además, dispone que no se deriven consecuencias negativas y discriminatorias de la maternidad y del cuidado del niño.

En la definición de las condiciones de la prestación por maternidad, el legislador debe salvaguardar el fundamento de la tutela constitucional de la maternidad, que reside en la maternidad en cuanto tal y prohíbe la exclusión injustificada de cualquier forma de tutela.

La normativa impugnada no incluye, entre las exigencias preeminentes de tutela, la necesaria asistencia al cónyuge o al hijo discapacitados. Cuando se niega la prestación por maternidad a la madre que, al comienzo del período de licencia obligatoria, goza desde hace más de sesenta días de una licencia extraordinaria para la asistencia al cónyuge o al hijo en condiciones de grave discapacidad, las disposiciones cuestionadas sacrifican de modo arbitrario la protección especial que el art. 37.1 de la Constitución otorga a la madre trabajadora y al niño.

La exclusión de la licencia extraordinaria, entonces, resulta irracional incluso a la luz de las disposiciones especiales del art. 24.3 del decreto legislativo. El supuesto de esas licencias se inspira en una exigencia preeminente de tutela. Por eso, la prestación por maternidad también debe ser concedida aun cuando la discontinuidad de la relación laboral supere los sesenta días.

Ahora bien, en las dos hipótesis de licencia extraordinaria —para la asistencia al cónyuge o a un hijo gravemente discapacitados— surgen exigencias de tutela relevantes. Se trata de una licencia extraordinaria subordinada a condiciones objetivas y temporales rigurosas, no equiparable a otras ausencias justificadas por motivos personales o familiares que inciden en el cómputo de sesenta días previsto en el art. 24.2 del decreto legislativo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló la evolución del beneficio y amplió su ámbito de aplicación. En principio, el beneficio fue extendido a uno de los hermanos o hermanas convivientes con una persona gravemente discapacitada cuyos padres fueran totalmente inhábiles (sentencia n.º 233/2005). Sucesivamente, la licencia extraordinaria priorizó al cónyuge conviviente (sentencia n.º 158/2007) y, a falta de otras personas aptas, al hijo conviviente (sentencia n.º 19/2009) y al pariente o afín conviviente dentro del tercer grado (sentencia n.º 203/2013). La ampliación de los beneficiarios de la licencia extraordinaria responde a la exigencia de

garantizar el cuidado del discapacitado en el ámbito de la familia y de la comunidad a la que pertenece para tutelar, en el modo más eficaz posible, la salud, preservar la continuidad de las relaciones y promover su integración plena.

La disposición legislativa en examen perjudica a la madre que también esté a cargo de la asistencia al cónyuge o al hijo discapacitados, y establece un balance irracional entre dos principios de importancia constitucional primordial, a saber, la tutela de la maternidad y la tutela del discapacitado. Como impone una elección entre la asistencia al discapacitado y la reincorporación a las tareas laborales para gozar de la licencia por maternidad, la normativa determina un indebido sacrificio de una de las tutelas. Así, se opone al diseño constitucional que tiende a acercar ambas esferas de tutela y hacerlas converger en la solidaridad familiar. En efecto, la protección de la maternidad y del discapacitado no son antitéticas, justamente porque persiguen el objetivo común de remover los obstáculos al desarrollo pleno de la persona humana (art. 3.2 de la Constitución). A partir de estos vínculos particulares de solidaridad ligados al cuidado del cónyuge o del hijo gravemente discapacitados, la Corte Constitucional dispuso ampliar los supuestos previstos en el art. 24.3 del decreto legislativo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 158 del 23-5-2018, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.



Derecho internacional público. Inmigrantes. Deportación. Derecho de asilo. Derechos del niño. Derecho al cuidado y compañía del padre. Derechos del niño por nacer. Derecho a la vida. Derechos constitucionales de un potencial ciudadano. (Irlanda).

Antecedentes del caso: un inmigrante de nacionalidad nigeriana, al que le fue denegado un pedido de asilo, se opuso a la ejecución de una orden de deportación mediante la presentación de un recurso ante el Tribunal Superior de Irlanda. Argumentó que tenía una relación sentimental con una ciudadana irlandesa y que ambos iban a tener un hijo.

El Tribunal Superior exigió al ministro de Justicia que considerara el potencial nacimiento de un ciudadano irlandés como un factor relevante para tomar una decisión y que evaluara el efecto que podría tener la deportación sobre los derechos constitucionales del niño, incluidos el derecho al cuidado y a la compañía del padre. Asimismo, decidió que los derechos de un niño por nacer van más allá del derecho a la vida (consagrado en el art. 40.3.3 de la Octava Enmienda de la Constitución). Afirmó que la expresión “niño” incluida en el art. 42.A de la Constitución abarca al niño por nacer.

El ministro de Justicia apeló el fallo ante el Tribunal Supremo. Alegó que el inmigrante carecía del derecho constitucional a permanecer en el país por no estar casado con su pareja irlandesa y que el único derecho del niño por nacer era el derecho a la vida.

Sentencia: el Tribunal Supremo de Irlanda señaló que el ministro de Justicia tiene que considerar el embarazo de la pareja del accionante como un factor relevante para decidir sobre su deportación. Además, debe evaluar los efectos que la deportación tendría sobre los derechos constitucionales que, como ciudadano irlandés, adquirirá el niño al nacer. En este caso, no debe resolverse sobre el valor que el ministro otorgue a estos factores. Por eso, no está obligado a revocar la orden de deportación. A este respecto, la decisión del Tribunal Superior fue correcta y el Tribunal Supremo ratificó la sentencia y desestimó la apelación del ministro.

Sin embargo, las disposiciones legales, los casos de *common law* y los casos resueltos en relación con la Octava Enmienda no permiten sostener la conclusión a la que llegó el Tribunal Superior, en cuanto a que un niño por nacer posee inherentemente la protección constitucional de derechos no consagrados en el art. 40.3.3. El niño por nacer solo tiene constitucionalmente garantizado el derecho a la vida, con la debida consideración al derecho a la vida de la madre.

El ministro no está obligado a tratar al niño por nacer como si tuviera otros derechos constitucionales además de los previstos en el art. 40.3.3. Asimismo, el derecho a la vida no está comprometido en la decisión de ratificar o revocar la orden de deportación. Por eso, el Tribunal Supremo rechazó la resolución del Tribunal Superior a este respecto.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo también revocó la determinación del Tribunal Superior de que un niño por nacer es un niño en términos del artículo 42.A —sobre derechos de la infancia— de la Constitución de Irlanda.

TRIBUNAL SUPREMO DE IRLANDA, *My otros contra Ministerio de Justicia y Equidad y otros*, sentencia n.º 61/17 del 7-3-2018, en <http://www.supremecourt.ie/Judgments.nsf/1b0757edc371032e802572ea0061450e/2ca87fab5fd004ff8025824a00329063?OpenDocument>.



Derecho Penal. Acuerdo de admisión de culpabilidad. Planteo de inconstitucionalidad relativo al poder del Estado. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: Rodney Class fue acusado de poseer armas de fuego en su jeep, que estaba cerrado y estacionado en el terreno del Capitolio de los Estados Unidos en Washington D.C. Esa conducta está expresamente vedada por el art. 5104.e.1 del Título 40 del Código de los Estados Unidos, que expresa: “Una

persona (...) no puede portar (...) un arma de fuego en el terreno o en ninguno de los edificios del Capitolio”. Class se presentó, por derecho propio, ante el Tribunal Federal de Distrito y solicitó que se desestimara la acusación. Alegó que la norma viola la Segunda Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos y la Cláusula del Debido Proceso. El Tribunal Federal de Distrito rechazó ambas pretensiones.

Class se declaró culpable del delito de posesión de un arma de fuego en el terreno del Capitolio de los Estados Unidos. Un acuerdo escrito entre el acusado y el fiscal estableció los términos de la admisión de culpabilidad de Class, así como varias categorías de derechos a los que había aceptado renunciar. El acuerdo no decía nada sobre el derecho a cuestionar, en una apelación directa, la constitucionalidad de la ley en que se fundara la condena. Después de celebrar una audiencia en términos de la regla 11.b de las Reglas Federales de Procedimiento Penal, el Tribunal Federal de Distrito aceptó la declaración de culpabilidad de Class y lo condenó.

Poco tiempo después, Class cuestionó, en una apelación directa, la constitucionalidad de la ley por la que se lo condenó. La Cámara Federal de Apelaciones desestimó el recurso. Sostuvo que Class no podía interponerlo porque, cuando se declaró culpable, había renunciado a hacer planteos de inconstitucionalidad.

Class interpuso un *writ of certiorari*, que consiste en una presentación directa a la Suprema Corte de los Estados Unidos para que requiera a un tribunal inferior el envío de una causa a fin de examinar si se violó algún derecho en el procedimiento o en la sentencia.

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia. Una declaración de culpabilidad por sí misma no impide, a un acusado de cometer un delito federal, impugnar la constitucionalidad de la ley en que se funda su condena mediante una apelación directa.

Esta resolución se desprende de decisiones anteriores de la Corte. Hace cincuenta años, en *Haynes v. United States* (390 U. S. 85, 1968), resolvió un planteo similar en el que se impugnaba la constitucionalidad de una ley penal. Según opinó el juez Harlan, la declaración de culpabilidad del acusado no constituye una renuncia a su pretensión constitucional previa (*id.*, p. 87, n. 2). Esa clara afirmación refleja la interpretación de la naturaleza de las declaraciones de culpabilidad que estuvo vigente durante casi 150 años. Las decisiones posteriores profundizaron la interpretación. En *Blackledge v. Perry* (417 U. S. 21, 1974), la Corte reconoció que una declaración de culpabilidad prohíbe denunciar algunas violaciones constitucionales (vinculadas a los hechos, como el proceso ante un gran jurado) que ocurrieron antes de la declaración de culpabilidad (*id.*, p. 30). Sin embargo, cuando la apelación cuestiona “el poder mismo del Estado” para procesar al acusado, una declaración de culpabilidad por sí misma no puede impedir la admisión del recurso (*id.*, p. 30).

Del mismo modo, en *Menna v. New York* (423 U. S. 61, 1971), la Corte sostuvo que, como el agravio del acusado era que el Estado no puede condenarlo con independencia de si su culpa objetiva se acreditó de forma válida, su declaración de culpabilidad no impugnaba su planteo (*id.*, p. 63, n. 2). Recientemente, la Corte reafirmó el corolario central de la doctrina adoptada en *Menna* y *Blackledge*. Señaló

que una declaración de culpabilidad relativa a la acusación de un delito no constituye una renuncia al derecho a denunciar que esa imputación es inconstitucional (*United States v. Broce*, 488 U. S. 563, p. 575).

En este caso, de acuerdo con la Corte, Class no renunció expresa ni implícitamente a sus pretensiones constitucionales cuando se declaró culpable. Los reclamos planteados no contradicen los términos de la acusación ni los del acuerdo escrito celebrado con el fiscal y pueden resolverse a partir de las constancias del expediente (*Broce*, p. 575). Class cuestiona el poder que tiene el Gobierno para incriminarlo y la validez constitucional del poder estatal para procesarlo (*ibid.*). Una declaración de culpabilidad no impide una apelación directa en estas circunstancias.

La regla 11.a.2 de las Reglas Federales de Procedimiento Penal, que regula las declaraciones de culpabilidad condicionales, no puede aplicarse a este caso. De acuerdo con sus propios términos, la regla no determina si el procedimiento que establece es el único posible para que un acusado preserve sus agravios constitucionales luego de haberse declarado culpable. Inclusive, los mismos redactores de la norma reconocieron que la Corte había resuelto que, después de una declaración de culpabilidad, podían formularse ciertos tipos de objeciones y afirmado que la regla 11.a.2 no era aplicable al tipo de planteos constitucionales que podían presentarse con base en la doctrina adoptada en *Menna y Blackledge* (*Advisory Committee's Notes on 1983 Amendments to Fed. Rule Crim. Proc. 11, 18 U.S.C. App., p. 912*). En consecuencia, como las características de este caso coinciden con la doctrina de *Menna y Blackledge*, la regla 11.a.2 no es adecuada para resolver el planteo de inconstitucionalidad.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Class v. United States*, sentencia del 21-2-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-424_g2bh.pdf.



Derecho Penal. Derecho a un proceso justo. Instrucción penal de causas contra magistrados. Privilegio de jurisdicción. (Bélgica).

Antecedentes del caso: la sala de instrucción del Tribunal de Apelaciones de Lieja solicitó a la Corte Constitucional que realizara el control de constitucionalidad de los arts. 479 a 482 bis del Código de Instrucción Penal, que se refieren a la instrucción de causas contra magistrados, y que analizara la posible violación del art. 6 (derecho a un proceso justo) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Como cuestiones preliminares, pidió revisar la constitucionalidad de dos impedimentos: 1) durante la instrucción, los justiciables (en este caso, magistrados y otros funcionarios públicos) no pueden interponer recursos ante la instancia de apelación contra las decisiones del juez de instrucción; 2) los magistrados carecen del derecho a que la sala de instrucción controle la validez de la instrucción y de los procedimientos.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica declaró que los arts. 479 y 480 son inconstitucionales en tanto que no prevén la intervención de una jurisdicción que controle, durante la instrucción, la validez del proceso y se pronuncie, como instancia de apelación, sobre las decisiones del juez que instruya la causa.

Las cuestiones preliminares planteadas en relación con los arts. 481 a 482 bis del Código de Instrucción Penal no requieren respuesta, ya que no son pertinentes para solucionar este caso y porque, además, esas disposiciones no son aplicables a los litigios pendientes ante la jurisdicción interviniente.

1. Los arts. 479 y 480 del Código de Instrucción Penal establecen un procedimiento penal específico, diferente al habitual, para los delitos cometidos por magistrados y otros funcionarios públicos. Este procedimiento particular, que constituye un privilegio de jurisdicción, fue instaurado para garantizarles una administración de justicia imparcial. Las reglas específicas de instrucción, de realización de diligencias y de juicio buscan evitar, por un lado, que se realicen persecuciones injustificadas o vejatorias contra los involucrados y, por otro, que sean tratados con excesiva consideración.

2. El legislador había establecido en 1998 dos leyes relativas a la responsabilidad penal de los ministros y miembros de gobiernos comunales o regionales. Si bien su intención fue que los regímenes de privilegio de jurisdicción de magistrados y ministros se asemejaran entre sí, lo cierto es que existen diferencias sustanciales en cuanto a las reglas de la instrucción penal.

Algunas de estas diferencias forman parte de las cuestiones preliminares. Las disposiciones objetadas impiden que, durante la instrucción de causas contra magistrados de primera instancia, intervenga una instancia de apelación para controlar la validez de la instrucción del proceso y pronunciarse sobre las decisiones del juez instructor. Sin embargo, las dos leyes de 1998 sí prevén estos derechos para ministros y miembros de gobiernos comunales o regionales. De cualquier manera, esta diferencia de trato no resulta discriminatoria, ya que es potestad del legislador establecer modificaciones de las reglas ordinarias de la instrucción penal para ciertas funciones públicas.

3. Ahora bien, cuando finaliza la instrucción de causas contra magistrados de primera instancia, no interviene una jurisdicción de instrucción que pueda revisar si las imputaciones son adecuadas y si el proceso es correcto, como lo hace la Corte de Casación para los casos de magistrados de tribunales de apelación.

Por eso, las disposiciones objetadas establecen una limitación desproporcionada a los derechos de los interesados. El juez *a quo* es el responsable de poner fin a la violación de estas normas y aplicar las reglas de derecho común de la instrucción penal.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 9/2018 del 1-2-2018, en <http://www.const-court.be/public/f/2018/2018-009f.pdf>.



Derecho penal. Derecho a un juicio justo. Principio de la independencia judicial. Facultad de los fiscales públicos para celebrar acuerdos extrajudiciales. Control judicial efectivo. (Bélgica).

Antecedentes del caso: en Bélgica, el art. 216 bis del Código Procesal Penal amplía las atribuciones de los fiscales públicos para resolver casos penales mediante acuerdos extrajudiciales. Incluye casos en trámite ante instancias penales o ya resueltos en primera instancia, siempre y cuando no haya sentencia definitiva y la víctima haya recibido una reparación adecuada.

Algunas personas interpusieron un recurso ante la Corte Constitucional de Bélgica. Aseguraron que la fiscalía podría concluir un proceso penal sin el mínimo control jurisdiccional de las motivaciones de su decisión, lo que privaría al juez de ejercer las atribuciones vinculadas con la acción penal. Alegaron que el artículo violaba los principios de la separación de poderes, la independencia judicial, el derecho a un juicio justo, el derecho a una adecuada administración de justicia y varias normas de la Constitución y de tratados internacionales.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica consideró que la facultad de un fiscal de concluir una acción penal, en un caso que esté bajo instrucción de un juez penal, mediante un acuerdo sin un efectivo control judicial es incompatible con los arts. 10 y 11 de la Constitución en conjunción con el derecho a un juicio justo y el principio de la independencia judicial.

Como la posibilidad de realizar acuerdos incluye procesos en curso, con sentencia de primera instancia o en instancia de apelación, una revisión judicial limitada a las condiciones formales del arreglo resulta insuficiente y, además, viola las normas y principios ya mencionados. Por eso, la Corte resolvió que es necesario un control judicial efectivo.

Sin embargo, desestimó los agravios referidos a la violación de los otros derechos, principios y normas constitucionales. Del mismo modo, para evitar las consecuencias negativas que pudiera generar la declaración de inconstitucionalidad de procesos ya cerrados con acuerdos —mediante la aplicación del artículo cuestionado—, decidió mantener los efectos de la disposición hasta la fecha de publicación de la sentencia en el boletín oficial.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 83/2016 del 2-6-2016, en <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-083f.pdf>.



Derecho penal. Derecho de defensa. Derecho a una asistencia letrada eficaz. Autonomía del imputado. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: Robert McCoy fue acusado de asesinar a la madre, al padrastro y al hijo de su ex mujer. Se declaró inocente de la imputación de homicidio en primer grado. Argumentó que se encontraba fuera del estado de Louisiana en el momento en que habían sido cometidos los delitos. Sostuvo que unos policías corruptos habían matado a las víctimas tras un negocio frustrado de venta de estupefacientes.

A pesar de que McCoy insistió en su inocencia y se negó a declararse culpable, el tribunal de primera instancia, durante la etapa de sentencia, autorizó a su abogado, Larry English, a decir al jurado que su defendido había cometido los tres homicidios. La estrategia de English fue admitir la culpabilidad de McCoy, pero alegar que su estado de salud mental le había impedido tener el dolo específico requerido para ser condenado por homicidio en primer grado. English desmintió las afirmaciones de McCoy y aseguró al jurado que el acusado había cometido los homicidios. McCoy prestó declaración en su propia defensa, donde sostuvo su inocencia por medio de una coartada difícil de comprender.

El jurado lo declaró culpable de los tres homicidios en primer grado. En la etapa de determinación de la pena, English volvió a admitir la culpabilidad de McCoy, pero pidió que se tuviera en consideración el estado psíquico del defendido. El jurado emitió tres veredictos de pena de muerte. Con un nuevo defensor, McCoy pidió sin éxito ser juzgado otra vez.

La Suprema Corte de Louisiana confirmó la decisión del tribunal de primera instancia, que había considerado que English tenía atribuciones para admitir la culpabilidad de McCoy pese a que él se opusiera.

McCoy interpuso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos un *writ of certiorari* para que requiriera al tribunal inferior el envío de la causa y examinara el proceso o la sentencia.

Sentencia: la Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia apelada.

La Sexta Enmienda de la Constitución garantiza a un acusado el derecho a elegir el objetivo de su defensa y a insistir en que su defensor no admita su culpabilidad, aun cuando el letrado considere que la mejor alternativa es confesar la culpabilidad del defendido para evitar la pena de muerte.

1. La Sexta Enmienda garantiza, a todo imputado en un proceso penal, “la asistencia de un abogado para que lo defienda”. El acusado no renuncia al control del manejo de su caso ni lo deja totalmente en manos de su abogado, ya que la Sexta Enmienda, al garantizar al acusado el derecho a defenderse, habla de la asistencia de un abogado, que sigue siendo un asistente, sin perjuicio de lo experto que sea (Faretta v. California, 422 U.S. 806, pp. 819-820, 1975). El área de competencia del abogado es la conducción del proceso, pero algunas decisiones quedan reservadas al cliente, como las de declararse o no culpable, renunciar a su

derecho a un juicio por jurados, prestar declaración en su defensa y renunciar a una apelación. La autonomía para decidir que el objetivo de la defensa sea afirmar la inocencia corresponde al cliente. La negativa a declararse culpable ante una prueba irrefutable en su contra, el rechazo a la asistencia legal o la insistencia en mantener su declaración de inocencia en la etapa de sentencia de un juicio en que se puede imponer la pena de muerte no son elecciones estratégicas, sino decisiones vinculadas con los objetivos del acusado (*Weaver v. Massachusetts*, 582 U.S., 2017). El abogado defensor razonablemente puede estimar que la admisión de culpabilidad es la opción más adecuada para evitar la pena de muerte, como hizo English en este caso. Pero el cliente puede no compartir ese objetivo. Por ejemplo, podría querer evitar, por encima de todo, el oprobio de admitir haber matado a miembros de su familia o podría considerar que la vida en prisión no merece ser vivida y preferir arriesgarse a morir, con la esperanza, aunque mínima, de ser absuelto. Por lo tanto, cuando un cliente deja en claro que el objetivo de su defensa es mantener su declaración de inocencia respecto de los actos criminales que se le imputan e intentar conseguir una absolución, el abogado debe atenerse a cumplir ese objetivo y no puede admitir la culpabilidad de su defendido.

2. El precedente *Florida v. Nixon* (543 U.S. 175, 2004) se corresponde con este caso. El abogado de Nixon no negó la autonomía de su cliente al omitir el objetivo que deseaba alcanzar para su defensa, dado que Nixon “se mantuvo, en general, indiferente” durante las discusiones sobre la estrategia del juicio y “nunca aprobó o rechazó verbalmente” el criterio propuesto por su abogado defensor (p. 181). Una vez concluido el juicio, Nixon modificó su postura y reclamó que su abogado lo presentaba como culpable (p. 185). McCoy, en cambio, negó en cada oportunidad las declaraciones de culpabilidad presentadas por English, antes y durante el proceso, tanto en las reuniones con su abogado como ante el tribunal.

La Suprema Corte de Louisiana se remitió a *Nix v. Whiteside* (475 U.S. 157, 1986) para concluir que la negativa de English a sostener la inocencia de McCoy era necesaria en términos de las Reglas de Conducta Profesional de Louisiana, una de cuyas disposiciones prohíbe a los abogados persuadir a que el acusado cometa perjurio. Sin embargo, en ese precedente el acusado había comunicado al abogado su intención de prestar una declaración falsa. En este caso, no se reconoció que hubiera una declaración falsa. English no tenía dudas de que McCoy creía en lo que estaba diciendo, pero no consideró verdadero su relato dada la prueba producida por la fiscalía. Las normas de ética profesional del estado de Louisiana podrían haber impedido que English presentara pruebas de la coartada de McCoy, siempre y cuando el abogado hubiera sabido que involucraba una declaración falsa, pero Louisiana no contempla ninguna norma de esa naturaleza, capaz de haberle exigido que pasara por alto la objeción del acusado y reconociera su culpabilidad.

3. La jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos relativa a la asistencia letrada ineficaz de un abogado (*Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 1984) no se aplica en este caso, donde está en cuestión la autonomía del cliente y no las atribuciones del abogado. Normalmente, para obtener una reparación por el error de un abogado, un acusado debe demostrar haber sufrido

un perjuicio (p. 692). Sin embargo, la violación del derecho a la autonomía de McCoy fue completa, ya que el tribunal permitió que English usurpara el control de una cuestión que pertenecía exclusivamente a la esfera decisoria del acusado. La violación de la autonomía de un imputado garantizada por la Sexta Enmienda fue calificada como un error “estructural”. Cuando existe un error semejante, no puede ser objeto de revisión en términos del estándar del error irrelevante con respecto a la validez de una sentencia o procedimiento (por ejemplo, McKaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168, p. 177, n.º 8, 1984; United States v. Gonzalez-Lopez, 548 U.S. 140, 2006; Waller v. Georgia, 467 U.S. 39, 1984).

Un error es estructural cuando no tiende a proteger a los acusados de una condena errónea, sino a proteger algún otro interés, tal como “el principio jurídico fundamental por el que un acusado debe poder tomar sus propias decisiones sobre la forma correcta de proteger su propia libertad” (*Faretta v. California*, p. 834). El hecho de que un abogado admita la culpabilidad de su cliente, pese a su oposición expresa, es un error de naturaleza estructural, ya que bloquea el derecho del acusado a realizar una elección fundamental acerca de su propia defensa (*Weaver v. Massachusetts*). Por tanto, debe otorgarse a McCoy el derecho a un nuevo juicio sin necesidad de que antes demuestre haber sufrido un perjuicio.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *McCoy v. Louisiana*, sentencia del 14-5-2018, en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-8255_i4ek.pdf.



Derecho penal. Estupefacientes. Consumo, posesión, manufactura y venta. Cannabis. Derecho a la privacidad. (Sudáfrica).

Antecedentes del caso: tres acciones judiciales que fueron promovidas ante el Tribunal Superior de Sudáfrica plantearon la inconstitucionalidad de los artículos 4.b y 5.b de la Ley de Drogas y 22A.9.a.i y 22A.10 de la Ley de Medicamentos.

El art. 4.b de la Ley de Drogas prohíbe la posesión de cualquier sustancia peligrosa que genere dependencia, salvo en los casos excepcionales que se enumeran en la disposición; mientras que el art. 5.b prohíbe su venta. El art. 22A.9.a.i de la Ley de Medicamentos prohíbe la compra, posesión, manufactura o suministro de cannabis, y el art. 22A.10 prohíbe su venta y su administración, siempre que no sea con fines médicos.

El Tribunal Superior acumuló las tres demandas, y declaró que las normas cuestionadas podían resultar incompatibles con el derecho a la privacidad que garantiza el art. 14 de la Constitución, pero solo en la medida en que prohíben la posesión, la compra o el cultivo de cannabis por parte de una persona adulta en una vivienda privada y para su propio consumo.

Entonces, solicitó al Tribunal Constitucional que se expidiera sobre la validez o invalidez constitucional de las normas, pero suspendió el trámite de la solicitud por un plazo de 24 meses para que el Parlamento corrigiera los defectos constitucionales que hubiera.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Sudáfrica declaró por unanimidad que el art. 4.b de la Ley de Drogas es inconstitucional y, por ende, inválido, en la medida en que prohíbe la posesión y consumo de cannabis por parte de un adulto en el ámbito privado. El art. 5.b de la misma ley también resulta inconstitucional, en cuanto prohíbe el cultivo de cannabis por parte de un adulto en un lugar privado e incluso su consumo fuera del espacio público. Por otra parte, el art. 22A.9.a.i de la Ley de Medicamentos es inconstitucional, en cuanto tipifica como delito la posesión y consumo de cannabis por parte de una persona adulta en el ámbito privado.

El Tribunal Constitucional resolvió que las normas en cuestión vulneran el derecho a la privacidad consagrado en el art. 14 de la Constitución. Por ello, queda despenalizado la posesión y consumo de cannabis por parte de un adulto en el ámbito privado, así como el cultivo para su consumo personal. No obstante, es punible la posesión de cannabis por parte de un adulto en público, o por parte de un menor en cualquier lugar.

Además, el Tribunal Constitucional suspendió la ejecución de sus resoluciones de invalidez constitucional de las normas en cuestión por un período de 24 meses a partir de la fecha de sentencia, a fin de que el Parlamento corrija los defectos constitucionales de ambas leyes. También, a fin de garantizar una efectiva reparación, el Tribunal adoptó medidas provisionales por medio de una interpretación amplia de ambas leyes, a fin de asegurar que, durante el período de suspensión de la declaración de invalidez, no constituyeran un delito ni la posesión y consumo de cannabis en el ámbito privado por parte de un adulto, ni el cultivo de cannabis en un lugar privado para consumo personal. La interpretación dejará de tener vigencia en el momento en que la corrección del Parlamento se haga efectiva.

El Parlamento debe determinar la cantidad de cannabis que una persona adulta podrá consumir, poseer o cultivar para consumo personal. Si el Tribunal Constitucional lo hiciera, vulneraría la separación de poderes.

Para determinar si la cantidad de cannabis que posee un adulto está o no destinada al consumo personal, el agente de policía deberá tomar en consideración todas las circunstancias del caso, incluso la cantidad de cannabis encontrada. Si el agente tiene una sospecha fundada de que la persona posee cannabis para la venta y no para consumo personal, podrá arrestarla, pero los tribunales deben dirimir la cuestión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Garreth Prince and Others; National Director of Public Prosecution and Others v Jonathan David Rubin; National Director of Public Prosecution and Others v Jeremy David Acton and Others*, sentencia del 18-9-2018, en <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2018/30.html>.



Derecho Penal. Perspectiva de género. Condena por asesinato en grado de tentativa con el agravante de parentesco. Alevosía. Maltrato habitual en el ámbito familiar. Privación de la patria potestad. (España).

Antecedentes del caso: Jon y Miriam convivían desde el 2000 junto con una hija de Miriam, Leocadia, y la hija de ambos, Carmela. Desde principios de 2014 la relación familiar se fue deteriorando. Jon, en diversas ocasiones, insultó, vejó y amenazó a Miriam. En noviembre de 2014, en su domicilio común, por la noche, Jon le cuestionó los motivos de la separación de hecho que Miriam había decidido hacía meses. Como no obtuvo respuesta, Jon tomó un cuchillo de la cocina que Miriam le quitó y dejó en el mismo sitio, tras lo cual regresó a la cama. Jon fue al dormitorio, la golpeó y la arrastró por el pasillo. Miriam pidió auxilio a los gritos. Sus hijas se despertaron y trataron de ayudarla, pero no pudieron. Jon empujó y golpeó a Leocadia y le causó lesiones en la cabeza y la muñeca que no requirieron de asistencia médica. Acto seguido, Jon llevó por la fuerza a Miriam a la cocina y la acuchilló ocho veces. Varias de las heridas afectaron órganos y vasos con tal gravedad que, de no haber recibido asistencia médico-quirúrgica inmediata, Miriam habría muerto. Leocadia se escondió en el baño y solicitó ayuda a los servicios de emergencia. La Guardia Civil y la Policía Municipal llegaron al edificio, encontraron a Miriam en el rellano de la escalera, donde había caído al intentar huir, e ingresaron al domicilio, donde detuvieron a Jon.

En 2011, Jon había sido condenado por el Juzgado de lo Penal 2 de Ciudad Real a dieciséis meses de prisión por lesiones. Esa sentencia estaba firme y la ejecución de la pena había sido suspendida por cuatro años.

Por los sucesos de 2014, el Juzgado de Instrucción 5 de Ciudad Real instruyó un sumario contra Jon y lo remitió a la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, que en 2017 lo condenó como autor criminalmente responsable de: a) homicidio doloso en grado de tentativa acabada (art. 138 en relación con los arts. 16/1 y 62 del Código Penal, CP) cometido sobre Miriam; b) maltrato habitual en el ámbito familiar (art. 172/2 CP), y c) maltrato en el ámbito familiar con respecto a Leocadia, con el agravante de parentesco. En los tres casos se resolvió la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, el alejamiento de ambas víctimas (de su domicilio, lugar del trabajo o de cualquier otro sitio en el que pudieran estar), la prohibición de comunicarse con las víctimas por cualquier medio o procedimiento, la privación del derecho para la tenencia y portación de armas. También se le impusieron costas y una indemnización pecuniaria por responsabilidad civil a favor de Miriam y Leocadia. Asimismo, se absolvió a Jon del delito continuado de amenazas. Además, se dispuso que, una vez firme la sentencia, debería remitirse testimonio al Juzgado de lo Penal 2 de Ciudad Real para revocar el beneficio que le había sido concedido a Jon, ya que había sido acordado sin perjuicio de la aparición de nuevas condenas con posterioridad y respecto de hechos cometidos durante el plazo de suspensión.

Contra la sentencia, Jon, Miriam y el Ministerio Fiscal, con diferentes argumentos, interpusieron un recurso de casación.

Jon alegó que la sentencia infringía su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución de España, CE); que existió infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 CP, y que existió infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas del art. 21.7 en relación con el art. 20.2 CP.

El Ministerio Fiscal lo fundó en la infracción de ley por inaplicación del art. 22.2 CP, abuso de superioridad en la comisión de los hechos, y por aplicación de los arts. 46, 55 y 56 CP.

Miriam lo fundó en la infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1 en relación con el art. 847.1, y en la no aplicación o infracción de lo preceptuado en el art. 139.1 CP.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España hizo lugar a los recursos de casación interpuestos por Miriam y por el Ministerio Fiscal (estimó el segundo motivo y desestimó el primero). Casó y anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda en 2017 en la causa contra Jon por los delitos de homicidio doloso en grado de tentativa acabada y de maltrato en el ámbito familiar.

No hizo lugar al recurso de casación interpuesto por Jon contra la sentencia. Por otra parte, lo condenó como autor criminalmente responsable del delito de asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco, previsto y penado en el art. 139.1.1º CP, a la pena de 14 años de prisión y a la privación para el ejercicio de la patria potestad con respecto a la hija común, Carmela, e imposición de costas. Mantuvo el resto de las accesorias impuestas en la sentencia, así como las penas por el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, art. 173/2 y 3 del CP, y el delito de maltrato en el ámbito familiar con respecto a Leocadia, con costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

1. En primer lugar, Jon alegó que la sentencia impugnada había infringido su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Expuso que la condena por el maltrato habitual se había fundado únicamente en los testimonios de Miriam y Leocadia.

Cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ha de verificarse si la prueba de cargo fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del debido proceso. El tribunal de instancia ha sido riguroso en la valoración de la prueba, pues, así como entendió que no había existido un delito continuado de amenazas, razón por la que absolvió al recurrente, sí otorgó credibilidad plena a las declaraciones de Miriam y Leocadia. Señaló que sus pruebas testificales habían acreditado que el acusado, durante 2014, insultó, vejó y ejerció fuerza mínima sobre Miriam en distintas ocasiones, con una continuidad, frecuencia y pluralidad que permite la aplicación del tipo delictivo analizado. Las declaraciones son prueba suficiente, en cuanto a las expresiones proferidas y el maltrato sin lesión. De la misma manera que les otorgó credibilidad para condenar por el delito del art. 173.2 CP, el tribunal de instancia absolvió a Jon de las amenazas continuadas, por lo que existe rigor valorativo.

El Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones la aptitud que tiene la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pero que es necesario proceder con cautela ante un testimonio de singulares connotaciones. La jurisprudencia ha exigido un control sobre el testimonio de la víctima para evaluar la veracidad o no de lo declarado. Los parámetros de control son: la ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; la verosimilitud, que se da cuando las corroboraciones periféricas acreditan la realidad del hecho; y la persistencia y firmeza del testimonio.

Sobre el maltrato habitual, se exige percibir de las declaraciones de las víctimas la referencia a hechos reiterados que constituyan un delito autónomo de maltrato, que hayan ocurrido aunque sea en un período aproximado de tiempo —en este caso, durante 2014—. En este caso, el Tribunal Supremo concluyó que durante ese tiempo tales hechos ocurrieron.

El delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, previsto en el art. 173.2 CP, castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre personas con las que se convive o existe un vínculo personal persistente. Estos actos, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad y da lugar a un hecho injusto específico que sobrepasa cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual. El bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia. El objetivo es garantizar la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo. Este aspecto quedó reforzado tras la reforma operada por la LO 11/2003, que situó los malos tratos habituales entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y los sancionó de modo agravado respecto del tipo básico, principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen. Además, los límites del bien jurídico se ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges, y se amplió expresamente el abanico de sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La doctrina ha destacado constantemente que la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados, y que el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, por lo que se afecta fundamentalmente valores inherentes a la persona y se daña el primer núcleo social, la familia. Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación de un clima de violencia y dominación, de una atmósfera psicológica y moralmente dañina, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona.

La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito familiar es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. Actualmente está más consolidada la que considera relevante no el número de actos violentos, sino la relación entre autor y víctima y la permanencia del trato violento, por lo que se lo considera un delito autónomo.

El maltrato habitual posee características de especial crueldad cuando el autor ejerce un maltrato prolongado. Aunque se desdoble en actos aislados de penalidad reducida, la reiteración de hechos provoca un doble daño en la víctima: físico y psíquico. El maltrato físico habitual de un tercero no ajeno a las víctimas es una circunstancia que agrava el padecimiento por violencia de género y doméstica. Este maltrato habitual produce un daño constante y continuado, del que la víctima percibe que no puede salir, y genera situaciones de miedo, e incluso, la sensación de no poder denunciar. Cuando la víctima decide terminar con la situación, como en el caso, el agresor ejerce una violencia todavía mayor. Por eso, las medidas de detección urgente del riesgo son necesarias cuando se denuncian hechos de maltrato.

En este caso, el Tribunal Supremo ha apreciado la conducta de maltrato habitual del recurrente, ya que la declaración de las testigos y víctimas es creíble. No se trata de que la declaración inculpativa provenga de un mero testigo, sino de la víctima que, aunque procesalmente tenga la condición de testigo, es un testigo cualificado en tanto sujeto pasivo del delito. El Tribunal Supremo percibió también que la víctima y su hija decían la verdad en el relato del maltrato continuado y sus consecuencias. El silencio de las víctimas no puede jugar en su contra cuando, a raíz de un hecho más grave, se deciden finalmente a prestar testimonio. Resulta inadmisibles que el estado de pánico y terror que sufren las víctimas suponga un obstáculo a su credibilidad cuando deciden denunciarlo. El retraso en denunciar no implica la falsedad de una declaración, sino que es perfectamente admisible como veraz por las especiales características de los hechos de maltrato y del autor: nada menos que la pareja, el propio padre o la pareja de la madre, como en este caso.

El recurrente alegó que no había otros testigos además de las declarantes para demostrar la falsedad de la declaración de maltrato habitual. Por el contrario, dado que se trata de delitos perpetrados en la intimidad, es habitual que no haya más testigos. Incluso no es prueba de descargo que la defensa aporte relatos de vecinos o testigos que no hayan notado malos tratos, ya que pueden haber ocurrido sin que los presenciaran.

2. Respecto de los motivos segundo y tercero, el recurrente alegó infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del art. 21.1 en relación con el artículo 20.1 CP, y la infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas del art. 21.7 en relación con el art. 20.2 CP.

No existe referencia de que Jon cometiera los hechos bajo estado de trastorno mental transitorio, ni que la ingesta de bebidas le hubiera provocado esa afectación a la imputabilidad.

No hay pruebas relevantes de que el recurrente desconociera la gravedad de sus actos, ya que tenía absoluta conciencia de lo que hacía y su intención era matar. Si sufría alteraciones, carecían de la entidad suficiente para justificar una atenuación o exención de responsabilidad.

El recurrente también cuestionó el informe pericial. El hecho de que afirmara consumir bebidas alcohólicas o padecer depresión no justifica una disminución de la pena, por carecer de calidad y potencia suficiente como para concurrir en

el momento de los hechos, y porque existen pruebas suficientes para apreciar la circunstancia como eximente incompleta. Así, el Tribunal Supremo desestimó ambos motivos y el recurso deducido.

3. Miriam sostuvo como concurrente el agravante de alevosía y que, por ello, la condena por delito de homicidio es incorrecta y debió considerarse como asesinato en grado de tentativa. El Ministerio Fiscal se ha pronunciado en igual sentido.

Expresó que, de acuerdo con los hechos probados, el ataque fue súbito, y tuvo dos momentos distintos, la agresión sufrida en la cama y el apuñalamiento. Sostuvo que la alevosía no debe considerarse a partir de la agresión en la cama, sino del apuñalamiento, ya que el autor no pudo imaginar el resultado (lo que se corrobora porque había dejado el cuchillo sobre la mesada, en lugar de esconderlo). Además, señaló que las amenazas de Jon no habían pasado de ser de bromas de muy mal gusto, por lo que no había temido por su vida y no había escondido el cuchillo. Agregó que fue agarrada por los pelos y arrastrada hasta donde estaba el cuchillo, sin sospechar que Jon intentaría matarla, y que estaba indefensa frente a la agresión. En esencia, postuló la concurrencia de la alevosía por la ausencia de capacidad defensiva de la víctima, lo que exigiría calificar el hecho como asesinato. Solicitó que se estimara el alegato por varias razones, entre ellas, que la aceptación de que ya hubiera habido malos tratos con anterioridad no implicaba que un ataque semejante fuera esperable, lo que incidía en el carácter imprevisible de la acción de Jon y su carácter alevoso por sorpresivo; que el ataque había ocurrido dentro del hogar, y que la presencia de las menores había profundizado el miedo, por la posibilidad de que también ellas pudieran ser agredidas.

El Tribunal Supremo consideró que correspondía estimar el recurso, dado que se había descartado la concurrencia de la alevosía con base en las variables de defensa que Miriam pudo haber tenido. La recurrente postuló que en el caso se daba un supuesto de alevosía súbita o sorpresiva, ya que el agresor no había mostrado sus intenciones, se había aprovechado de la confianza de la víctima y había actuado de modo repentino. Justamente, ese carácter sorpresivo de la agresión suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse y reaccionar en consecuencia.

A partir de la descripción de los hechos, el Tribunal Supremo entendió que las posibilidades de defensa eran absolutamente nulas, pues nadie podía defenderse en un episodio como el descrito. Por otra parte, el *modus operandi* del agresor evidentemente suponía un claro intento de acabar con la vida de la víctima. Finalmente, para tener por acreditado el *animus necandi*, debía considerarse el uso consciente e intencional de un cuchillo de cocina (con hoja metálica de 20 cm), eficaz para causar la muerte, y las partes del cuerpo en que había apuñalado a Miriam: cabeza, cuello, abdomen y zona axilar torácica. La acción privó de defensa a la víctima, por lo que la conducta fue alevosa, ya que el agresor cometió el delito de forma tal de asegurarse el resultado final. La alevosía concurrió desde el inicio de la acción, porque en primer lugar arrastró a la víctima sin posibilidad de que se defendiera, y luego le asestó puñaladas de forma agresiva y en zonas vitales del cuerpo.

En este caso, los hechos se encuadran en la alevosía súbita o sorpresiva. Tal es así que la víctima no presentaba ni una sola herida que denotara una posibilidad de defensa, lo que demuestra el carácter brutal de la agresión.

En casos en que la evidencia demuestre la imposibilidad de defensa de la mujer, se requiere un abordaje con perspectiva de género, que considere el modo de obrar del autor sobre la víctima, la presencia de los hijos, el ámbito del hogar y el hecho de haberse asegurado la efectividad de la agresión.

Con ello, el Tribunal Supremo estimó el motivo de la recurrente y aceptó la calificación de asesinato en grado de tentativa.

4. El Tribunal Supremo descartó el agravante de abuso de superioridad, ya que lo considera una alevosía menor.

5. El Ministerio Fiscal también postuló la privación o inhabilitación de la patria potestad respecto de la hija de diez años que tenían en común, Carmela, y la prohibición de aproximación y de comunicación entre ellos.

Carmela había presenciado los hechos, lo que supone haber vivido un acontecimiento muy grave. Sin embargo, el tribunal de instancia no apreció que esa circunstancia fuera merecedora de la privación de la patria potestad o la inhabilitación especial del acusado para el ejercicio del derecho, dado que no hubo ningún comportamiento delictivo contra la menor o en relación directa con el ejercicio de la patria potestad.

El Tribunal Supremo consideró que este motivo debía ser estimado. En otra oportunidad, la Sala había señalado que existían cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad: una, contemplada en el art. 55 CP, la prevé como potestativa y de naturaleza accesoria a toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad; las otras tres se encuentran en los arts. 192 (relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual), 226 (delitos contra las relaciones familiares) y 233, también dentro del mismo título. En todos los casos su imposición no es vinculante sino potestativa, lo que exige una motivación específica.

La peculiaridad de la posible imposición de la pena de privación de la patria potestad del art. 55 CP es que aparece prevista, con carácter potestativo, pero de forma general, en todo delito castigado con una pena igual o superior a diez años, y se exige una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. La decisión del tribunal de instancia no resultaba acorde con el derecho ni con la protección que merecen los menores y podía generar un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la niña, que estuvo presente durante el ataque. Por ello, resultaba incompatible y carecía de justificación razonable. La patria potestad supone una serie de deberes de los padres respecto de sus hijos y su fin es velar por el interés de los menores, por lo que la privación debe acordarse sin dilaciones que puedan ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del niño.

Jon faltó a la naturaleza y al instinto de protección que todo padre debe tener por sus hijos y todo hombre por su pareja, en este caso con una hija en común. Los menores pueden percibir el hecho sin necesidad de verlo (con

expresiones verbales agresivas o el ruido de un golpe). En este subtipo agravado en los tipos penales de violencia de género, se destaca que la presencia de los hijos constituye una experiencia traumática que destruye las bases de su seguridad. Produce incertidumbre, miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse y una ansiedad paralizante. Además, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres y la legitimidad de uso de la violencia como modo de resolver conflictos familiares e interpersonales.

La fiscalía señaló, para instar la aplicación de la pena de privación de la patria potestad, que el acuchillamiento de la madre fue efectuado en presencia de la menor que entonces tenía diez años. El hecho agresivo “no tiene relación con la medida civil afectante a la patria potestad”, ya que supone una clara desatención hacia su propia hija y un olvido de los derechos de los menores y la protección que sus progenitores les deben. El ilícito penal cometido conlleva una renuncia a sus derechos en relación con su propia hija, que debe entenderse como expresa, no tácita, dado que, en su presencia, intentó acabar con la vida de su madre.

El ejercicio de la patria potestad tiene un carácter mixto de derecho y obligación. Lo último supone prestar una ayuda que los descendientes tienen derecho a recibir. Pero, al mismo tiempo, supone el derecho de estar con los descendientes. Sin embargo, este derecho decae ante actos graves que conllevan un desmerecimiento de su ejercicio, como en este caso. Además, los menores que presencian actos de esta naturaleza deben tener protección del sistema, a fin de evitar el ejercicio del derecho de la patria potestad del autor de un delito de homicidio o asesinato contra la madre de la menor. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas. Por todo ello, resulta necesario reconocer a los menores víctimas de la violencia de género, lo que conlleva la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afecten a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia y, en el orden jurisdiccional penal, sobre las medidas que afecten a la patria potestad en casos de violencia de género.

Además, las reglas de la naturaleza impiden otorgar normalidad alguna a un suceso semejante. Estas mismas reglas, trasladadas al ámbito jurídico, exigen un régimen de sanción grave, en casos en que los padres han despreciado a sus hijos, su personalidad y su psique. No es necesario un ataque directo a la menor para imponer la pena. El ataque a la madre con la clara intención de matarla determina la imposición de la pena de privación para el ejercicio de la patria potestad, lo que supone establecer una relación directa entre la imposición de la pena y el delito cometido, presenciado por la propia menor, y desestimar la posibilidad de fijar un régimen de visitas o cualquier tipo de medida que implique contacto alguno con la menor. Esta decisión, con el resto de accesorias de prohibición de aproximación y comunicación impuestas en la sentencia, es válida tanto con respecto a la madre como a la hija.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala de lo Penal, recurso de casación 10549/2017 P, promovido por Jon, Miriam y el Ministerio Fiscal c. la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real del 9-6-2017, recurso de casación 10549/2017 P, sentencia 247/2018 del 24-5-2018, en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/609bed1be6397d87>.



Derecho Penal. Tipificación del delito de sexismo. Principio de legalidad. Seguridad jurídica. Previsibilidad de la ley penal. Derecho a la libertad de expresión. Intromisión en el derecho a opinar libremente sobre los sexos. Derecho a la igualdad. Dignidad de la persona. (Bélgica).

Antecedentes del caso: en Bélgica se sancionó en 2014 una ley que combate el sexismo. Algunas personas solicitaron la anulación de ciertos artículos de la norma por considerar que violaban los principios generales de legalidad, seguridad jurídica y previsibilidad de la ley penal. Entendieron que no tipificaban con suficiente claridad y con términos precisos el delito de sexismo y que dejaban, a las autoridades y al juez penal, un margen de apreciación demasiado amplio.

Además, alegaron que la ley limitaba la libertad de expresión (art. 19 de la Constitución), ya que constituía una intromisión en el derecho a opinar libremente sobre los sexos o el rol social asignado a cada uno de ellos. También sostuvieron que la norma trataba de manera similar —sin fundamento objetivo, razonable y proporcionado— los comportamientos que incitaran al odio, a la segregación o a la discriminación y las opiniones sobre las diferencias entre los sexos y su rol social que no fomentaran el odio, la segregación ni la discriminación. Afirmaron que el derecho a la libertad de expresión protege no solo las ideas recibidas con agrado, sino también las que ofendan o inquieten.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica confirmó la constitucionalidad de la ley.

El principio de legalidad en materia penal requiere que la ley sea formulada de un modo que permita saber si un comportamiento es o no punible y, además, exige que el legislador exprese con claridad y certeza qué hechos están sancionados. Sin embargo, ese principio no impide que la ley atribuya cierto margen de apreciación al juez.

Aun cuando los términos objetados por los accionantes en relación con la definición de “sexismo” no resultan suficientemente precisos, la exigencia de que los comportamientos y gestos analizados deban constituir una violación grave a la dignidad de la persona proporciona a los tribunales pautas suficientes para aplicar la norma.

Una obligación inherente a la función del juez penal es establecer, caso por caso, si un comportamiento particular está alcanzado o no por la disposición legal. El legislador, cuando reserva la sanción a comportamientos y gestos que impliquen una vulneración grave de la dignidad, satisface las exigencias del principio de legalidad de la ley penal.

Si bien la libertad de expresión es un derecho esencial en una sociedad democrática, también impone ciertas obligaciones y responsabilidades. En determinadas condiciones, esa libertad puede estar sometida a formalidades o restricciones fundadas en la necesidad de proteger la reputación o los derechos de terceros. La ley cuestionada, cuando sanciona la expresión de menosprecio o inferioridad hacia una persona, establece un grado de injerencia en el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la intromisión está prevista y justificada en ocasiones de este tipo. Dado que la igualdad entre el hombre y la mujer es un valor fundamental de la sociedad democrática, la norma responde a una necesidad social imperiosa y al fin legítimo perseguido por el legislador.

Por otra parte, la necesidad de que esta ley siga vigente en una sociedad democrática no depende solo de su eficacia, evaluada según sea o no aplicada por los tribunales, porque posee también un efecto educativo y preventivo.

Finalmente, dado que la norma exige la existencia de una intención específica y de una seria violación de la dignidad de personas determinadas, no resulta desproporcionada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 72/2016 del 25-5-2016, en <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-072f.pdf>.



Derecho penal. Violencia de género. Violencia sobre la mujer. Delito de lesiones leves contra una mujer agravado por ser perpetrado en presencia de los hijos. (España).

Antecedentes del caso: Pedro y su esposa Bibiana discutieron porque el hombre había llevado a sus hijos menores, que estaban acostados en la cama con su madre, a la habitación de uno de ellos. Ante el enojo de Bibiana, el acusado regresó con los niños a la habitación del matrimonio, se sentó en un lado de la cama y la tomó de los brazos hasta que, en un momento dado, la insultó y la pellizcó en el brazo. Bibiana se levantó de la cama, su esposo la siguió hasta el pasillo, en la puerta de la habitación de su hijo menor la tomó de los brazos y la empujó. Ella cayó al suelo y se golpeó con la cama. Cuando pudo levantarse, tomó su celular, se encerró en el baño y llamó al servicio de emergencias.

Como consecuencia de estos hechos, sufrió diversas contusiones que requirieron asistencia médica. La recuperación le llevó siete días, durante los cuales pudo realizar sus ocupaciones habituales.

Como medida cautelar, se prohibió al hombre aproximarse y comunicarse con ella por cualquier medio hasta que se tomara una resolución.

En primera instancia, el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Getafe condenó a Pedro como autor responsable de un delito de lesiones leves contra su esposa —art. 153.1 y 3 del Código Penal (CP)—, a las siguientes penas: nueve meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; privación del derecho a la tenencia y portación de armas durante dos años; prohibición de aproximarse a Bibiana, a su domicilio, a su trabajo y a cualquier otro lugar que ella frecuente a una distancia inferior a quinientos metros, durante un año y nueve meses. También declaró vigente la medida cautelar de alejamiento impuesta previamente.

Pedro apeló la sentencia. La Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso y confirmó íntegramente el fallo.

Pedro interpuso un recurso de casación contra esa sentencia. Consideró que, en las instancias inferiores, se había interpretado erróneamente el significado y aplicación del agravante, puesto que en el relato de los hechos de la sentencia no se había hecho referencia a la presencia de los menores. Añadió que una interpretación taxativa del agravante impedía dictar una condena basada en este tipo penal en casos en que los menores, aun cuando se hubieran encontrado en el mismo domicilio, no tienen una percepción directa, auditiva o visual, del acto de violencia.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España desestimó el recurso de casación e impuso las costas de esta instancia al recurrente.

1. El Tribunal Supremo interpretó el agravante del art. 153.3 CP: ejecutar las lesiones leves sobre la esposa en presencia de los hijos menores de edad.

2. Pedro sostuvo que la condena de primera instancia no se había fundado en el pellizco que había dado a su mujer en presencia de los menores, sino en que la había empujado en la puerta de la habitación de su hijo menor, lo que provocó que ella se golpeará contra el suelo y le produjera lesiones leves (art. 153.1 CP). Agregó que las lesiones habían sido producto de una caída accidental por haber perdido el equilibrio. Subrayó que los hechos habían tenido lugar en una habitación en la que los menores no estaban presentes. Argumentó que la expresión “en presencia” de los menores no equivale a “en el mismo lugar”, y que si el legislador hubiera querido tipificar la necesidad de que los hechos se realicen en el mismo lugar en el que se hallan los menores, así lo hubiera hecho constar. Por eso, alegó que la pena solo podía ser agravada en caso de que los menores hubieran estado presentes, y no solo porque se los contaran, los intuyeran o los imaginaran. Sostuvo que la Audiencia Provincial había realizado una aplicación analógica del tipo del art. 153.3 CP a los hechos probados y había agravado la pena. Sin embargo, ambas interpretaciones están prohibidas por el principio de legalidad, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución de España, en los arts. 1 y 4.1 CP y también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala de Casación.

3. El Tribunal Supremo no compartió los argumentos del recurrente para interpretar el subtipo agravado del art. 153.3 CP.

La finalidad de la agravación de la pena que prevé el apartado 3 del art. 153 es evitar la victimización de los menores de edad que residen en el entorno doméstico. El objetivo es ofrecer protección en casos de violencia intrafamiliar o doméstica. De modo que, aunque la norma no lo manifieste, los menores están amparados por el art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación radica en la vulneración de sus derechos cuando presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Así, la conducta no se agravará cuando se realice en presencia de menores de edad que no tengan vínculo con el agresor ni el agredido.

La presencia de los hijos en episodios de violencia del padre hacia la madre supone una experiencia traumática para ellos, pues quedan a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o de preocupación permanente ante la posibilidad de que se repita. La ansiedad puede llegar a ser paralizante y afectar negativamente el desarrollo de la personalidad del menor, expuesto a modelos estereotipados de género y a la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia.

Solo se puede cumplir el objetivo de protección, si se agrava la pena en el caso en que el menor perciba la situación de enfrentamiento familiar. El menor puede ser consciente de los hechos no solo por observarlos, sino también por escucharlos.

Por consiguiente, la expresión “en presencia” no supone que los menores deben estar físicamente presentes delante de quienes protagonizan la escena ni observarla directamente. Una interpretación literal del vocablo vaciaría de contenido la función y los fines de la norma y llevaría a hipótesis absurdas de desprotección de los menores. En muchos casos, los hijos no están presentes en la habitación de sus padres o de quienes se trate, pero escuchan y son plenamente conscientes de la agresividad verbal o física.

4. La aplicación de las pautas interpretativas obligó a desestimar el recurso.

En la narración de los hechos que se transcribe en las dos sentencias dictadas (en la del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Getafe y en la de la Audiencia Provincial de Madrid), se describen tres episodios que justifican la aplicación del subtipo agravado: el primer episodio se refiere al pellizco que le propinó el acusado a la víctima cuando estaban en el dormitorio junto con los menores; el segundo y más relevante, el empujón con que la arrojó contra los pies de la cama del dormitorio de uno de sus hijos —que no estaban en la habitación—, lo que le ocasionó lesiones a la denunciante; el tercero, que se produjo cuando los menores, ya conscientes de las agresiones, se acercaron a su madre para verificar lo sucedido y hablar con ella, después de que hubiera pedido ayuda a la Guardia Civil.

Los menores solo vieron directamente el primer y el tercer episodio. En cuanto al segundo, escucharon el golpe de la caída, tal como se infiere de las declaraciones de ambos protagonistas y por la reacción de los menores.

Desde el primer momento, los menores fueron conscientes de la agresión. Por lo tanto, la conducta del recurrente no resulta ajena al subtipo agravado, por el hecho de que el segundo episodio y más relevante solo fuera escuchado desde la habitación de al lado y no observado directamente por los hijos.

Por lo demás, el recurrente era consciente de que los menores se percatarían necesariamente de la agresión.

En consecuencia, como concurren los elementos objetivos y subjetivos del subtipo agravado del art. 153.3 CP, el Tribunal Supremo desestimó el recurso, confirmó la sentencia condenatoria e impuso las costas al recurrente.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala de lo Penal, sede Madrid, recurso de casación n.º 1448/2017, interpuesto por Pedro Antonio c. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 26/4/2017, sentencia 188/2018 del 18-4-2018, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-que-la-agravante-de-violencia-de-genero-por-actuar--en-presencia--de-los-hijos-no-requiere-que-estos-hayan-visto-la-agresion>.



Derecho procesal penal. Requisitos constitucionales de los turnos judiciales. Orden judicial o fiscal de allanamiento. Juez natural. Juez de turno. (Alemania).

Antecedentes del caso: el 14 de septiembre de 2013 por la noche, personal de emergencias de Rostock encontró a un hombre en un grave estado de intoxicación por drogas. Trasladaron al hombre de urgencia a un hospital, mientras la policía buscaba dentro de su vivienda documentación personal y evidencia de la sustancia que habría consumido. La policía encontró cannabis e inició actuaciones por tenencia de estupefacientes. Se comunicó por teléfono con la fiscalía de turno, que ordenó el allanamiento del domicilio y la incautación de material de prueba tanto en la habitación como en los espacios comunes. No hubo constancia de que la policía hubiera intentado comunicarse con el magistrado de turno.

El hombre solicitó la nulidad del allanamiento nocturno ordenada por el fiscal. Argumentó, con base en el procedimiento llevado a cabo, que el art. 13.2 de la Constitución no fue analizado adecuadamente. El artículo regula la inviolabilidad del domicilio y establece que los registros deben ser ordenados por el juez. Solo en caso de peligro por retraso también lo podrán ordenar otros órganos, y únicamente en la forma dispuesta por la ley.

La solicitud de nulidad no prosperó, ni tampoco las apelaciones correspondientes. Por eso, el hombre apeló la medida ante el Tribunal Constitucional. La Sala aceptó el recurso en lo relativo a la segunda orden de registro ordenada por la fiscalía. Con respecto al primer allanamiento, el demandante no cumplió con los requisitos formales de fundamentación.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal de Alemania destacó que el art. 13 de la Ley Fundamental (LF) establece la obligatoriedad de garantizar

el acceso a un juez por medio de un servicio de turnos. El juez debe estar disponible durante el día, entre las 6 y las 21 horas, y solo en casos de necesidad y excepcionalidad durante la noche. Le corresponde al presidente del tribunal evaluar discrecionalmente estos requisitos.

1. Durante 2013, los tribunales de distrito realizaban un servicio de guardia de 10 a 12 los sábados y días no laborables, mientras que los domingos y feriados ofrecían un turno de 11 a 12. Cuando la fiscalía o la policía informaban casos delicados, no se interrumpía el servicio judicial. Contaban con un servicio de guardia diario, fuera del horario regular, para casos excepcionales, que podía ser ordenado exclusivamente por el magistrado. Además, funcionaba un servicio de guardia permanente de lunes a jueves a partir de las 16.15, los viernes a partir de las 15 y los sábados, domingos y feriados desde las 12 hasta las 21. Durante el servicio de guardia, se tomaban solo medidas y decisiones procesales penales urgentes conforme al § 56 SOG M-V, Ley Provincial de Seguridad y Orden de Mecklemburgo-Pomerania, y §40 BPolG, Ley de la Policía Federal.

2. El art. 13.1 LF garantiza la inviolabilidad del domicilio. Es una de las formas de proteger la dignidad humana de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. En su domicilio, la persona tiene derecho a no ser molestada y no corresponde ordenar un allanamiento. La importancia de esta intervención y de la protección constitucional de la esfera privada del domicilio está contenida en el art. 13.2.1 LF, que le permite al juez, con su poder discrecional, disponer un allanamiento. Esta reserva preventiva sirve para fortalecer la seguridad del derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio y tiene por objeto ofrecer una supervisión preventiva de un órgano independiente y neutral. Al mismo tiempo, del art. 13 LF se desprende la obligación de los órganos estatales de garantizar la aplicación efectiva del derecho fundamental en manos de la justicia, es decir, el requisito de una orden judicial previa.

La redacción y las prescripciones del art. 13.2 LF indican que la orden de allanamiento dictada por un juez debe ser la regla y no la excepción en este tipo de casos. Solo se presenta un “peligro inminente” cuando no se dispuso un turno judicial de guardia en ese momento y no es posible esperar hasta que se pueda contactar a un juez. Por lo tanto, les corresponde a los juzgados garantizar la accesibilidad a un magistrado incluso con un programa de turnos.

Por lo tanto, el término “peligro inminente” en el sentido del art. 13.2 debe interpretarse de modo estricto. Los organismos de seguridad deben procurar obtener la orden judicial del juez de turno para realizar el allanamiento. El allanamiento por “peligro inminente” solo puede ordenarse en situaciones excepcionales, en las que la demora pueda hacer peligrar el éxito de la medida, y su fin no es justificar la ausencia de orden dictada por un juez.

Uno de los requisitos de la guardia judicial es la accesibilidad ilimitada al juez de turno durante todo el día, incluso fuera del horario del juzgado. Se debe implementar una guardia nocturna para atender otros casos, además de los excepcionales. Según el art. 13.1 LF, los allanamientos nocturnos solo están permitidos de modo excepcional, ya que interfieren seriamente con los derechos de las personas y perturban el descanso.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvR 675/4, sentencia del 12-3-2019, en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/bvg19-022.html>.



Derechos del niño. Adopción. Código de la Infancia y la Adolescencia. Derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño o adolescente. Derecho a la libertad de información. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Derecho a acceder a los documentos del proceso de adopción, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño. (Colombia).

Antecedentes del caso: Álvaro Miguel Martín Báez Parra, de acuerdo con la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los arts. 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política (CP), solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de las expresiones “que hubieran llegado a la mayoría de edad” y “los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” de los arts. 75 y 76, respectivamente, de la Ley 1098/2006 (denominada Código de la Infancia y la Adolescencia y conocida como CIA). Sostuvo que esas expresiones vulneraban el derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño o adolescente (art. 16 CP), el derecho del adoptado a recibir información veraz e imparcial (art. 20 CP), los derechos de los niños a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44 CP) y a acceder a documentos públicos sobre su proceso de adopción de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989).

El magistrado admitió la demanda, decretó pruebas, corrió traslado al ministerio público, invitó a participar a diversos organismos y comunicó el inicio del proceso al presidente del Congreso. Después de cumplir los trámites previstos en el art. 242 CP, el asunto pasó a conocimiento de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia declaró exequibles las expresiones “que hubieran llegado a la mayoría de edad” y “los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” de los arts. 75 y 76 de la Ley 1098/2006 sobre el CIA.

1. El texto legal tratado en el caso es el siguiente (las expresiones cuestionadas están subrayadas):

Art. 75. RESERVA. Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos solo se podrá

expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

PARÁGRAFO 1°. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

PARÁGRAFO 2°. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

Art. 76. DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER FAMILIA Y ORIGEN. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información.

2. Los problemas jurídicos principales son: si es desproporcionado que el adoptado deba ser mayor de edad para ejercer su derecho a conocer los documentos relativos a su proceso de adopción y a sus familiares cercanos, como parte del derecho a tener una familia y no ser separada de ella; y si es desproporcionado permitir que sean los padres quienes soliciten copia del expediente de adopción, y si tal límite restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores.

3. Esos problemas jurídicos pueden ser resueltos a partir de considerar: los instrumentos internacionales sobre los derechos de los menores de edad relacionados con el alcance del derecho a la información; el ordenamiento legal colombiano en materia de adopción; la jurisprudencia constitucional sobre el principio del interés superior del menor y el proceso de adopción; el derecho del menor a ser oído; la distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y de ejercicio, y algunos pronunciamientos sobre el derecho a recibir información.

3.1. La Convención de los Derechos del Niño (arts. 5, 8, 9, 12 y 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño se refieren a esta cuestión.

A partir de esto, la Corte concluyó que: a) la libertad de expresión en un procedimiento judicial o administrativo encuentra su límite natural en la edad y madurez del interesado, por lo que podrá participar en los asuntos que lo afecten directamente o a través de un representante; b) el ejercicio de este derecho podrá ser restringido de conformidad con la legislación interna; c) los padres, la familia ampliada o la comunidad tienen derecho a que el Estado respete sus derechos y deberes de acuerdo con la ley local; d) la primacía del interés superior del niño constituye una excepción a su derecho de no ser separado de su familia; e) el

derecho a ser escuchado es ineficaz cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad, y los actos sometidos a representación estarán determinados por el procedimiento nacional; f) sus intereses deben ser considerados fundamentales, ya sea que esté en un hogar temporal o sea entregado en adopción, por lo que puede haber una excepción al derecho a conocer sus antecedentes cuando sea afectado su futuro.

3.2. Un breve repaso histórico de las normas jurídicas relativas a la adopción en Colombia permite observar su evolución.

La Ley 140/1960 consideró a la adopción como una unión sujeta a revocatoria y sostuvo la dualidad de derechos y obligaciones entre la familia de origen y la adoptante. Por su lado, la Ley 75/1968 afianzó la discriminación de trato entre hijos naturales y legítimos y, posteriormente, la Ley 5/1975 instó a la distinción entre adopción plena y simple. Recién con el Decreto 2737/1989, o Código del Menor, se estableció una relación de filiación irrevocable, y finalmente la Ley 1098/2006 sobre el CIA dispuso la plena igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana del adoptado.

El especial interés del legislador en los asuntos relativos a la información recolectada durante el proceso de adopción se puede evidenciar en algunas disposiciones. En un primer momento, se instituyó una reserva legal de 30 años, que el Código del Menor mantuvo, pero admitió también la posibilidad de que los padres juzgaran el momento y las condiciones en que conocer la información resultara conveniente para el menor. Posteriormente, se modificó la reserva a un término de 30 años aunque para ser consultada por cualquier ciudadano.

El trámite de búsqueda de orígenes es uno de los compromisos asumidos por Colombia cuando suscribió el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (La Haya, 29 de mayo de 1993). En ese sentido, el cambio legislativo introducido con la Ley 1098/2006 estableció los parámetros mínimos para que el hijo o sus padres puedan acceder a la información sobre el proceso de adopción.

3.3. Los menores son sujetos de especial protección constitucional y titulares de un trato preferente aplicable a todos los aspectos de su infancia o adolescencia. Por esa razón, es importante que los principios del interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos sean ejes fundamentales del análisis constitucional y guía orientadora de las decisiones judiciales, administrativas, legislativas y sociales que los involucren.

El interés superior del menor no es ajeno al proceso de adopción, que es una institución creada en beneficio del menor adoptable y para su protección (ver, entre otros, C-071/2015 y C-683/2015, relativas a adoptantes del mismo sexo, o C-104/2016, relativa a la preferencia de los adoptantes de nacionalidad colombiana). Esa jurisprudencia permite concluir que: a) la adopción no persigue satisfacer derechos del adulto, sino proteger al menor cuya familia no provee las condiciones necesarias para su desarrollo y encontrarle un núcleo familiar apto; b) no solo se debe garantizar su dignidad e intimidad, sino también evitar injerencias indebidas en todas las etapas de su vida para prevenir nuevos daños; c) privar a

estos niños de la posibilidad de formar parte de un hogar mediante argumentos dilatorios y/o discriminatorios genera un déficit de protección y compromete su derecho a tener una familia y el principio de interés superior del menor; d) la consideración acerca del interés superior debe establecerse caso por caso para verificar cuál es la mejor opción.

3.4. Respecto del derecho del menor a ser oído, y de los principios de celeridad, oportunidad y eficacia (T-844/2011 y T-212/2014), puede afirmarse que: a) los yerros administrativos no pueden dilatar la efectividad de los derechos constitucionales consagrados en los arts. 44 y 45 CP, que implican ser amado, cuidado y respetado por la persona o familia idónea para adoptarlo; b) la obligación de ubicar a la familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad no puede constituir una espera injustificada o desproporcionada para el restablecimiento de los derechos de los menores; c) cuando el menor manifieste su deseo de convivir con determinados familiares, las autoridades deben priorizar ese deseo, vincularlo con los familiares y ofrecerles toda la información pertinente sobre el proceso de adopción.

3.5. Según el planteo del actor relativo a las diferencias entre la capacidad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones de un menor de edad y su madurez como sujeto para solicitar y recibir información respecto del origen y conformación de su familia cercana, la jurisprudencia ha distinguido la capacidad de goce o jurídica y la capacidad de ejercicio.

En cuanto a la adopción, se destacan las siguientes reglas: a) la personalidad jurídica de un menor se concreta en el marco de la familia, por lo que todo proceso dilatorio en relación con separarlo de ella atenta contra sus derechos fundamentales, b) la capacidad jurídica puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, pero no al revés. Así, se puede ostentar el disfrute de un derecho pero no ejercerlo, ya que, para ello, se debe poseer aptitud legal. No obstante, la capacidad de ejercicio para menores, en principio, se encuentra atada a la celebración de actos jurídicos en el marco de los derechos patrimoniales, y c) en todos los actos que involucren a niños o adolescentes se debe evaluar la posibilidad de que tomen decisiones de acuerdo con su edad y madurez.

3.6. Finalmente, el art. 20 CP consagra la garantía de la libertad de expresión y difusión del pensamiento u opiniones, así como el derecho a informar y recibir información veraz e imparcial. Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la libertad de pensamiento y expresión involucra no solo el derecho a difundir información, sino también la prerrogativa de buscarla y recibirla. Si bien hace énfasis en los medios de comunicación, este derecho ha tenido un alcance relevante en otras materias o derechos, como el servicio financiero y crediticio, derechos reproductivos en relación con la salud, pensiones, derecho a la intimidad y *habeas data*, entre otros, por lo que su alcance debería extenderse a los derechos de los niños.

El derecho a la libertad de expresión debe valorar los riesgos sociales para los menores de edad. En caso de conflicto entre el derecho a la información o a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad u otro derecho fundamental de los menores, los últimos tienen preponderancia. Esa preeminencia no supone prohibir

el desarrollo de la libertad de expresión, sino regular su ejercicio y proteger la intimidad de los menores.

4. El demandante expuso que la exigencia de la mayoría de edad para que el adoptado pueda solicitar directamente los documentos y actuaciones administrativas o judiciales del proceso de adopción es desproporcionada e irrazonable frente al derecho a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44 CP) y al derecho a la información del menor (art. 20 CP). Aseguró que facultar a los padres para juzgar el momento y las condiciones en que el menor debe conocer la información (art. 76 CIA) también es desproporcionado.

4.1. Análisis del art. 75 CIA

La reserva de la información en el antiguo Código del Menor era similar a la prevista en el art. 75 CIA. En ambos casos, los padres tienen la potestad de juzgar el momento y las condiciones adecuadas para que su hijo conozca sus orígenes, siempre y cuando conocer esa información no le resulte desfavorable. La finalidad debe ser legítima e importante, dada la primacía de los derechos de niños y adolescentes y que se debe salvaguardar su proceso de crecimiento y formación. Los menores son objeto de protección y restitución de derechos no solo cuando están en peligro, sino que deben prevenirse y evitarse injerencias desproporcionadas en todas las etapas de su vida para garantizar su desarrollo armónico e integral. Por otra parte, el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella encuentra su límite natural cuando el núcleo familiar no le garantiza protección, cuidado, afecto y amor integral. Así, la separación de sus parientes biológicos puede justificarse por la aplicación de la primacía del interés superior del niño.

En consecuencia, cuando un menor es declarado en estado de abandono y de adoptabilidad, la información sobre la familia de origen quedará bajo reserva legal hasta que se cumplan las condiciones para darla a conocer. En ese sentido, resulta proporcionado que los padres que ejercen la custodia y la patria potestad sean los encargados de proteger al menor y evaluar el impacto que saber acerca de su origen tendría sobre su desarrollo.

El derecho a la información (art. 20 CP), desde la perspectiva de un menor, tiene alcance: total, ya que no puede ejercer directamente la solicitud de la información si no cumplió los 18 años; y parcial, puesto que podría acceder a la información a través de sus padres o de ciertos organismos.

La restricción de cumplir la mayoría de edad es idónea para la efectiva protección del menor. A esa edad, además de haber alcanzado la capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, debería haber desarrollado un alto grado de discernimiento para solicitar los documentos de su proceso de adopción. De igual modo, resulta adecuado que los padres evalúen la edad y madurez de su hijo para involucrarse en la toma de decisiones relativas a este tema.

El proceso de la búsqueda de la familia extensa se presenta en dos etapas distintas. La primera, cuando es necesario el restablecimiento de los derechos del menor, y la segunda, luego del proceso de adopción y cuando el menor desea conocer sus orígenes. Frente a la primera etapa, la Corte concluyó que: a) los yerros

administrativos no pueden dilatar la efectividad del derecho del menor a ser amado, cuidado y respetado por la persona o familia idónea para adoptarlo; b) la obligación de ubicación de la familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad no puede convertirse en una razón de espera injustificada para el restablecimiento de los derechos de los menores; c) cuando el niño o adolescente manifieste su deseo de convivir con determinados familiares, es un deber de las autoridades priorizar ese deseo, vincular al proceso a los familiares y ofrecerles toda la información pertinente sobre el trámite de adopción.

4.2. Análisis del art. 76 CIA

La finalidad del legislador —que los padres decidan el momento y las condiciones para levantar la reserva sobre el procedimiento de adopción— es proteger al menor del impacto que la información pueda tener en su desarrollo hasta tanto tenga la madurez para afrontarla. La ley confía esa facultad a quienes ejercen la patria potestad. Ellos deben juzgar el momento más apropiado para, de acuerdo con el interés superior de los menores, revelar los asuntos judiciales, administrativos y, sobre todo, fácticos de su proceso de adopción. De este modo, priorizar los derechos de los menores y se pone especial atención en salvaguardar su crecimiento y formación. Así, se reafirma que los niños no solo deben ser objeto de protección y restitución de derechos cuando están en peligro, sino que deben prevenirse y evitarse injerencias desproporcionadas en todas las etapas de su vida.

En relación con la primacía de los derechos de los niños y adolescentes, no se afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad, que, para este caso, mantiene una estrecha relación con el de información. Como el conocimiento sobre su familia de origen puede generar un alto impacto en su desarrollo integral, resulta justificado protegerlos de cualquier injerencia potencialmente negativa. Cuando los niños y adolescentes se encuentren maduros para asimilar las vicisitudes fácticas y jurídicas de su proceso de adopción, podrán afrontarlas y adoptarán las medidas que estimen convenientes.

En ese sentido, no resulta desproporcionada, a la luz de los arts. 16 y 20 CP, la limitación al ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, en su dimensión de información, de los niños y adolescentes bajo custodia, en cuanto al conocimiento por sí mismos de su origen mientras todavía son menores de edad. Por lo tanto, se delega en los padres la facultad de evaluar las condiciones y el momento adecuado para que su hijo conozca la información.

5. Por todo lo expuesto, la Corte estimó que las expresiones “que hubieran llegado a la mayoría de edad” y “los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información” de los arts. 75 y 76 CIA, respectivamente, eran razonables, proporcionadas y se ajustaban a la CP. En consecuencia, las declaró exequibles, ya que no vulneraban los derechos al libre desarrollo de la personalidad del niño o adolescente (art. 16 CP), a la libertad de información (art. 20 CP), a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44 CP), ni a acceder a documentos públicos sobre su proceso de adopción de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena, demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 75 y 76 (parciales) de la Ley 1098/2006 sobre el Código de la Infancia y la Adolescencia, sentencia C-058/18, del 6-6-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-058-18.htm>.



Derechos políticos. Derecho a ejercer la función pública. Régimen electoral. Reelección presidencial. Derecho a la igualdad. Discriminación. (Bolivia).

Antecedentes del caso: un grupo de diputados demandó la inconstitucionalidad de los siguientes artículos de la Ley 26/2010 del Régimen Electoral (LRE): 1) el art. 52.III (que establece que el mandato del presidente y del vicepresidente es de 5 años, y que pueden ser reelectos una sola vez de manera continua), y 2) los arts. 64, inc. d, 65, inc. b, 71, inc. c, y 72, inc. b (que establecen, respectivamente, que los gobernadores, legisladores departamentales, alcaldes y concejales pueden ser reelectos de manera continua una sola vez), por ser presuntamente contrarios a los arts. 26 y 28 de la Constitución Política del Estado (CPE) —concordantes con los arts. 13, 256 y 410.II CPE— y a los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, solicitaron la inaplicabilidad de los siguientes artículos de la CPE: 156, 168, 285 II y 288 (que establecen, respectivamente, que el mandato de los asambleístas, del presidente y vicepresidente del Estado y de las máximas autoridades ejecutivas e integrantes de los concejos y asambleas de los gobiernos autónomos es de 5 años, y que pueden ser reelectos por una sola vez de manera continua), por ser presuntamente contrarios a los arts. 26 y 28 CPE, y por contradecir los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana, concordantes con los arts. 13, 133, 256 y 410.II CPE.

Alegaron que la CPE cede su jerarquía normativa en favor de los instrumentos internacionales ratificados por Bolivia que reconozcan derechos más favorables.

Las normas controvertidas disponen que las autoridades pueden ser reelectas por una sola vez de manera continua y, por lo tanto, deniegan el ejercicio pleno de los derechos políticos ampliamente reconocidos por tratados y convenios internacionales, aceptados en el ordenamiento jurídico boliviano en los arts. 26 y 28 CPE. Por lo tanto, se manifiesta una paradoja en el propio texto constitucional, pues, por una parte, se reconocen los derechos políticos de los ciudadanos a ser candidatos y postularse a elecciones transparentes y, por otra, se limitan esos derechos si se ignoran los tratados y convenios internacionales suscriptos por Bolivia que enuncian derechos más amplios, como el Pacto de San José de Costa Rica. De este modo, las normas constitucionales pueden impedir el goce efectivo de derechos humanos. La elección depende del voto del ciudadano y por lo tanto la participación no puede restringirse sin ningún motivo. No debe, entonces, limitarse la posibilidad de reelección.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCP) consideró que el art. 23 de la Convención Americana debe aplicarse preferentemente, por resultar más favorable, a las frases: “por una sola vez de manera continua” (de los arts. 156 y 168 CPE) y “de manera continua por una sola vez” (de los arts. 285. II y 288 CPE).

El Tribunal declaró inconstitucionales las frases “por una sola vez de manera continua” (del art. 52.III LRE) y “de manera continua por una sola vez” (de los arts. 64 inc. d, 65 inc. b, 71 inc. c y 72 inc. b LRE).

1. La Constitución es directamente aplicable y justiciable por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), por los demás jueces y tribunales que ejercen justicia constitucional y por aquellos jueces o autoridades originarias de la pluralidad de jurisdicciones reconocidas en el texto constitucional (arts. 179 y 410 CPE), que se constituyen en sus garantes primarios. La primacía de la Constitución desplaza a la primacía de la ley: el ejercicio de la magistratura requiere aplicar directamente la Constitución.

La Constitución boliviana de 2009 adopta el modelo axiológico de la Constitución como norma, que no puede únicamente ser comprendida como un conjunto de normas. Lo que diferencia a las normas constitucionales de las otras leyes es que son prevalentemente normas constitucionales-principios (expresan valores supremos, principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales que deben ser la base de todos los órganos del poder público, en especial del legislador y del intérprete de la Constitución) y, supletoriamente, normas constitucionales-reglas. Así, en el Estado constitucional de derecho, las constituciones vinculan a todos los órganos de poder y en general a toda la sociedad. En ese sentido, contienen diferentes mecanismos jurisdiccionales y un órgano especializado para velar por el cumplimiento de sus normas, frente a la lesión o incumplimiento, y para dar vigencia al principio de supremacía constitucional.

Las normas constitucionales-principios establecidas en la Constitución son las que influirán en el significado jurídico de las normas constitucionales-reglas y normas legales-reglas (que forman parte de leyes, códigos sustantivos y procesales), y no viceversa. Así, las normas constitucionales-reglas y las normas legales-reglas deben adaptarse a las normas constitucionales-principios para que exista coherencia en el sistema, en razón de que solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, a saber, “constitutivo” del orden jurídico.

En la construcción judicial del nuevo derecho boliviano prevalecen las normas constitucionales-principios. Por eso, si bien están formuladas de modo expreso en la CPE —por tarea del constituyente de composición plurinacional—, también pueden ser desarrolladas por los jueces a partir de su texto. Estos mandatos jurídicos están dirigidos a todo el poder público y a la convivencia social de los ciudadanos. Las normas constitucionales-principios tienen un efecto de irradiación y transversalidad en el resto de las normas constitucionales y todo el ordenamiento jurídico.

Los derechos políticos y la garantía de su ejercicio se encuentran consagrados en los arts. 26 al 29 CPE. En el presente caso, son de especial interés los señalados

en los arts. 26 y 28. Los derechos políticos implican la facultad de toda persona para elegir y ser elegido, y, como resultado del proceso electoral, acceder al ejercicio de la función pública por la decisión popular de los votantes. Impedir el desempeño normal de cualquier cargo sobreviniente de una elección implica una trasgresión del derecho a ejercer la función pública y, por ende, la restricción de los derechos políticos. El art. 26 CPE describe la composición de los derechos de participación política: el derecho a participar en la formación de la voluntad política del Estado; el derecho a ejercer el poder político, y el derecho a controlar el ejercicio de los poderes del Estado. Dado que los derechos políticos son reconocidos por la Constitución boliviana y también por tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, son fundamentales y muy importantes para una sociedad democrática, por lo que los Estados tienen la obligación de establecer sistemas para hacerlos efectivos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que el Estado no solo tiene la obligación general de garantizar el goce de los derechos, sino que tiene directrices específicas para el cumplimiento de su obligación. El sistema electoral que los Estados establezcan de acuerdo a la Convención Americana debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Por lo tanto, existe un mandato específico del Estado en relación con la modalidad que debe escoger para cumplir con su obligación de garantizar el goce de los derechos y de no decidir de modo discriminatorio (CIDH, caso *Castañeda Gutman vs. México*, considerando 158).

El art. 23 de la Convención Americana se encuentra íntimamente vinculado con los artículos de la Carta Democrática Interamericana, dado que ambos instrumentos reconocen no solo la facultad de ejercer la democracia, sino de participar en los asuntos públicos como representantes directamente o libremente elegidos.

2. Aunque resulte paradójico, la Constitución está integrada prevalentemente por normas constitucionales-principios (lo que determina el predominio de los valores supremos sobre los cuales se sustentan el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales). En relación con las normas constitucionales-regla, y más aún con las normas legales-reglas, las normas constitucionales-principios develan con cierta frecuencia antinomias entre normas del propio texto constitucional. Así, surgen una suerte de preceptos “constitucionales inconstitucionales”. En un caso semejante, debe resolverse invariablemente a favor de las normas constitucionales-principios, dada la primacía interpretativa absoluta de los principios sobre las demás normas de la Constitución.

Este fenómeno de colisión entre preceptos constitucionales emerge de la existencia de diferentes clases de normas dentro de la Constitución y de la distinta gradación jerárquica y validez que tienen cada una de ellas, en que se otorga prevalencia a los valores, principios, derechos y garantías. Esta contradicción intraconstitucional puede derivar de simples redacciones discordantes del texto constitucional, o de que la redacción de determinadas normas constitucionales quede desfasada en el tiempo y requiera una “mutación de su naturaleza”.

El constituyente puede haber aprobado normas que vulneran valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías que la Constitución pretende implantar, y generar “normas inconstitucionales”.

En ese caso, corresponde que intervenga el TCP, órgano creado en la reforma constitucional de 1994 (art. 196 CPE), encargado del control concentrado de constitucionalidad. El art. 202 CPE, al asignarle atribuciones, fija los alcances del control de constitucionalidad propiamente dicho, el control competencial y la defensa de derechos fundamentales. Si bien es cierto que no existe una previsión expresa que lo faculte para examinar la constitucionalidad de normas de la misma Constitución, también lo es que la facultad extendida surge de su art. 196.I (“El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales”). En consecuencia, implica el deber de mantener la compatibilidad de las normas legales e infralegales de carácter gubernativo con la Constitución, y la armonía de un sistema coherente en el conjunto de normas constitucionales que lo componen. Además, el art. 116 CPE dispone: “I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”. Así, la CPE faculta al magistrado a que dirima una controversia entre normas constitucionales de igual jerarquía y aplique la que resulte más favorable, de acuerdo con los arts. 13.IV, 256 y 410.II CPE.

3. La discriminación incluye cualquier trato de distinción, exclusión, restricción, preferencia o inferioridad brindada a una persona o colectividad, fundado en razón de sexo, color, edad, orientación sexual e identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica, social o de salud, profesión, ocupación u oficio, grado de instrucción, capacidades diferentes y/o discapacidad física, intelectual y sensorial, estado de embarazo, procedencia, apariencia física, vestimenta, apellido u otras. Su objetivo es anular o perjudicar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la CPE y el derecho internacional. Actualmente, las acciones afirmativas (antes denominada discriminación positiva), es decir, aquellas destinadas a favorecer a grupos o sectores vulnerables para que ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones, no constituyen medidas discriminatorias.

No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad solo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de esa justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, con una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En el ámbito del derecho internacional y la jurisprudencia sobre la protección de los derechos humanos, se ha establecido que no toda diferencia de trato es discriminatoria. El Comité de Derechos Humanos señaló que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. Establece criterios para determinar en qué casos las distinciones se

encuentran justificadas y señala que la diferencia de trato no constituye discriminación, si se persigue un propósito legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La CIDH, en la opinión consultiva del 19 de enero de 1984, estableció que no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que la distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente distintos, y que expresen de modo proporcionado una conexión fundamentada entre las diferencias y los objetivos de la norma. No puede apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no puede perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que vulneren la dignidad de la naturaleza humana. La CIDH también se ha referido a la discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley respecto de los derechos políticos en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (párrs. 184, 185, 186, 194, 197, 199, 200 y 201).

Por otra parte, el art. 24 de la Convención Americana señala: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

4. La interpretación constitucional consiste en averiguar o desentrañar el verdadero sentido y los alcances de las normas constitucionales que pueden adoptar o dar lugar a diversas interpretaciones. La interpretación de la CPE es muy relevante porque se trata de la cúspide del ordenamiento jurídico del derecho interno. Dada la vigencia del principio de supremacía constitucional y el ejercicio del control de constitucionalidad, la interpretación que realice el órgano legitimado puede determinar la validez o no del resto de las normas infraconstitucionales, o la forma en que deben ser entendidas y aplicadas para el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales. El marco descripto corresponde al TCP, máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, cuyas decisiones y sentencias son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio (art. 203 CPE).

El art. 196.II CPE establece criterios precisos para su interpretación, al señalar: “En su función interpretativa, el TCP aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

Para interpretar la esencia y espíritu de la Constitución, no basta la elección aislada de un método interpretativo determinado. La tarea argumentativa debe ser más ecléctica y comprender el diálogo e interacción entre los distintos métodos. Es decir, debe atender al mecanismo de la concordancia práctica para poder llegar a la verdadera finalidad de la interpretación: la vigencia de los fines, principios y valores constitucionales (art. 410.II CPE). Conforme tal razonamiento, no corresponde excluir los demás métodos de interpretación constitucional existentes, pero, por mandato de la propia Constitución, se debe dar prioridad a la voluntad del constituyente, reflejada en los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente, así como al tenor literal del texto.

El art. 168 CPE dice: “El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”. No

obstante, a los efectos de cumplir el mandato constitucional en relación con la aplicación de los criterios de interpretación de la Constitución, y a fin de establecer cuál ha sido la voluntad del constituyente en relación con las normas consignadas en el artículo, corresponde remitirse a los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente, cuya Comisión encargada del Órgano Ejecutivo, en su Informe por mayoría, expresó: “La Presidenta o Presidente y Vicepresidenta o Vicepresidente podrán ser reelectos consecutivamente por voluntad del pueblo”. La Comisión fundamentó su informe por mayoría en estos términos: “Reelección presidencial: El presente artículo introduce la figura de la reelección del Presidente y Vicepresidente, esto se funda en el hecho de que cualquier Presidente (a) que haya logrado resultados óptimos en su Plan de Gobierno y beneficie de forma mayoritaria a la población, como justo reconocimiento será el soberano quien decida. La reelección consecutiva por voluntad del pueblo es la nueva posibilidad de renovar confianza depositada en un representante mediante el voto ciudadano, de acuerdo al cumplimiento de su oferta electoral. De esta manera la gobernabilidad es sostenible dando continuidad al trabajo ya realizado para el logro de mayores oportunidades y el desarrollo permanente del país”. Asimismo, en los ajustes técnico-jurídicos del documento de consenso del nuevo texto constitucional, del 3 de agosto 2007, el art. 136 consigna la siguiente redacción, realizada a partir del informe por mayoría de la comisión: “El periodo de mandato constitucional es de cinco años, pudiendo ser reelectos consecutivamente”. Con los ajustes técnico-jurídicos propuestos por los asesores, el artículo se modificó: “El periodo de mandato constitucional será de cinco años, revocable y pudiendo ser reelectos consecutivamente, por voluntad del pueblo”.

Consiguientemente, debe interpretarse que el constituyente decidió que la reelección del presidente y del vicepresidente fuera consecutiva por voluntad del pueblo. El constituyente consideró que no deberían establecerse límites a la posibilidad de que las autoridades puedan postularse nuevamente al cargo en ejercicio, pues la continuidad o no dependía de la voluntad popular.

5. El art. 26 CPE establece un amplio bagaje de elementos que configuran lo que se denomina “derechos políticos” (cada uno de ellos, derechos autónomos): el derecho a participar en la formación, ejercicio y control del poder político que asiste a todos los ciudadanos; el derecho a elegir y a ser elegido (art. 144.II CPE); el derecho de organizarse para esos fines, y la regulación del sufragio, de sus características básicas, los principios que lo rigen y las particularidades del ejercicio de la democracia comunitaria, como el derecho a la fiscalización de los actos de la función pública. En consecuencia, no cabe duda de que la norma, que consagra derechos fundamentales y establece principios constitucionales vinculados a la participación política y al ejercicio democrático, es una norma constitucional-principio, puesto que resguarda los principios democráticos y de soberanía popular. El art. 28 CPE no consagra derechos fundamentales específicos, pero sanciona conductas reñidas con ellos, en defensa del principio democrático y de otros principios y valores supremos. Dispone la suspensión del ejercicio de los derechos políticos cuando se tomen armas o se preste servicio en las fuerzas armadas enemigas en tiempos de guerra, por defraudación y fondos públicos y por traición a la patria, lo que confirma el carácter de norma

constitucional-principio del art. 26 CPE, que también involucra la soberanía como norma constitucional-principio.

Los arts. 156, 168, 285 y 288 CPE, cuando establecen el tiempo de mandato que rige para cada una de las autoridades que regulan sus preceptos, y determinan la posibilidad de que puedan ser reelectos por una sola vez de manera continua, se constituyen en normas constitucionales-reglas. Ahora bien, la previsión contradice lo establecido en los arts. 26 y 28 CPE, ya que las normas imponen una limitación o restricción en el goce y ejercicio de los derechos políticos consagrados en las segundas.

La Corte consideró que se debe dar prevalencia a la norma constitucional-principio.

6. El art. 410.I CPE establece el principio de constitucionalidad, al señalar que todas las personas, los órganos públicos y las funciones públicas e instituciones está sometidas a la Constitución. Por eso, todas las normas y los actos administrativos deben estar enmarcados en ella, que goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Asimismo, se instituye el bloque de constitucionalidad, integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificadas por el país. Junto con la CPE configuran una unidad constitucional fundamentadora e informadora de todo el orden jurídico interno, que sirve de parámetro para la interpretación de las normas jurídicas. Por su parte, los arts. 13.IV y 256 CPE establecen el principio de convencionalidad.

El art. 256 CPE establece dos mandatos claros: primero, que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicarán de manera preferente; segundo, que los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo con los tratados internacionales cuando prevean normas más favorables.

Entre los principios y criterios propios de interpretación de los derechos humanos, se encuentran los principios: *pro persona* o *pro homine*; *pro actione*; *favor debilis*; de progresividad, favorabilidad, prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; de preferencia y eficacia de los derechos humanos, entre otros. El principio *pro homine* determina que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos, e inversamente cuando se trata de establecer restricciones o limitaciones a su ejercicio. El principio de progresividad establece la responsabilidad para el Estado boliviano de no desconocer los logros alcanzados en materia de derechos humanos, su ampliación, desarrollo y fortalecimiento de los mecanismos jurisdiccionales para su protección.

Los derechos políticos están consagrados además en las normas internacionales sobre derechos humanos, como el art. 23.1 de la Convención Americana. El artículo señala, por otra parte, que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se trata de “limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio

de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento” (Informe 137/1999B, párr. 101). Ninguna norma de derecho interno de los Estados parte podría ampliar las restricciones a estos derechos y establecer otras causales diferentes a las expresamente señaladas en la Convención Americana. Lo contrario significaría vulnerar las obligaciones internacionales del Estado por desconocimiento flagrante de sus postulados. Resulta indudable que el art. 23 de la Convención Americana consigna derechos políticos de la manera más amplia, sin ningún tipo de limitaciones o restricciones, y autoriza únicamente al legislador la regulación de su ejercicio por causales taxativas, sin que ninguna en particular tenga que ver con eventuales restricciones a la posibilidad de reelección, y menos con que se limite a una sola vez de manera continua (ver CIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, párr. 206).

El art. 23 de la Convención Americana, en relación con los arts. 156, 168, 285.II y 288 CPE, declara derechos más favorables, puesto que restringe en menor medida los derechos de participación política, fundamentalmente en cuanto a la posibilidad de ser elegido. Al respecto, la jurisprudencia de la CIDH en esa materia (casos *Argüelles y otros vs. Argentina*, C-288, párrs. 221, 222 y 226; *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, C-184, párrs. 149, 155 y 174; *López Mendoza vs. Venezuela*, C-233, párrs. 107 y 108; *Luna López vs. Honduras*, C-269, párr. 142) es vinculante para el Estado y para el Tribunal Constitucional.

El respeto de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos está prescripto por el art. 410.II CPE y, en ese sentido, el art. 13.IV *in fine* CPE establece que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. Sin embargo, es el art. 256 CPE el que regula protección de esos derechos. Establece que los derechos reconocidos en la CPE serán interpretados de acuerdo con los tratados internacionales cuando prevean normas más favorables, y que los derechos más favorables serán efectivamente reconocidos. Así se garantiza la máxima vigencia y ejercicio de estos derechos, en caso de que no estén reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico o, en caso de que sí lo estén, que la normativa internacional prevea normas más favorables, por lo que podrían ser aplicadas inclusive por encima de lo que señala la CPE.

La Convención Americana, aprobada y ratificada por Bolivia (Ley 1340/93), garantiza en su art. 23 el ejercicio del derecho democrático a ser elegible sin restricciones, excepto por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil mental o condena. Si bien el ejercicio de los derechos políticos no es absoluto, sus restricciones no encuentran un límite similar al establecido en los arts. 156, 168, 285.II y 288 CPE, como el de la posibilidad de reelección. En consecuencia, la Convención establece derechos más favorables en relación con las normas citadas.

Así, en ejercicio del control de convencionalidad que lo asiste, el Tribunal consideró que corresponde aplicar preferentemente la norma convencional por sobre los artículos de la CPE que limitan “a una sola vez de manera continua” la reelección de los legisladores, del presidente y vicepresidente y de las máximas autoridades

ejecutivas e integrantes de los concejos y asambleas de los gobiernos autónomos, en estricta observancia del mandato contenido en el art. 256.I CPE.

7. Los accionantes denunciaron también que las normas cuestionadas son discriminatorias ya que establecen límites injustificados para el ejercicio de los derechos políticos e impiden que cualquier ciudadano pueda ser reelecto. Además, hicieron énfasis en la importancia de respetar la soberanía popular. También señalaron que el art. 23 de la Convención Americana regula el ejercicio de los derechos políticos para evitar cualquier trato discriminatorio.

Las disposiciones constitucionales y legales contenidas en los arts. 156, 168, 285.II, 288 CPE y 52.III, 64, inc. d, 65, inc. b, 71, inc. c, y 72, inc. b, LRE determinan la duración del mandato del presidente y del vicepresidente, de los gobernadores, de los asambleístas departamentales, de los alcaldes y de los concejales, respectivamente, y también regulan la posibilidad de que puedan ser reelectos “por una sola vez de manera continua”.

La frase en cuestión constituye en sí misma una medida de exclusión, restricción y/o distinción de quienes en determinado momento ejercieron esos cargos, frente a los que aspiran a acceder a ellos. En aplicación y observancia del precepto indicado, quienes ostenten esos cargos y ya fueron reelegidos una vez no podrán postularse nuevamente, y menos participar de las elecciones donde se vote o renueve su cargo. Así, se les otorga un trato diferente y preferencial respecto de la posibilidad de ser elegidos, que deriva en una afectación a sus derechos, pues no pueden ejercer sus derechos políticos, previstos en el art. 26.I CPE y art. 23.1 inc. a de la Convención Americana.

En ese sentido, el trato discriminatorio consiste en que unos podrán ejercer libremente sus derechos políticos y otros quedarán imposibilitados de hacerlo. Si bien las normas restrictivas está previstas en la LRE y en la CPE, resultan incompatibles con las normas constitucionales y convencionales que garantizan el ejercicio amplio de los derechos políticos y no limitan el número de veces que un candidato puede ser reelegido. Así, se ha señalado la suspensión del ejercicio de los derechos políticos prevista en el art. 28 de la CPE. Por su parte, el art. 23.2 de la Convención Americana prevé que la ley puede reglamentar el ejercicio los derechos políticos, pero solo sobre ciertas condiciones con categoría de *numerus clausus*, lo que implica que no podrían admitirse otras causales.

La limitación impuesta al goce y ejercicio de los derechos políticos por las normas cuestionadas —que genera un trato desigual y, por ende, discriminatorio— no se sustenta en una justificación objetiva y razonable. El Tribunal no consideró que la prohibición de postularse más de una vez haya sido establecida con el propósito de realizar, cumplir o resguardar algunos de los principios y/o valores que informan el orden constitucional. Así, el principio democrático no se ve mayormente afectado, pues la reelección representa una mera posibilidad. En definitiva, serán los ciudadanos quienes decidan. Además, el resto de los candidatos tienen las mismas posibilidades de acceder al cargo y desplazar democráticamente a quien busca ser reelegido. A partir de ello, la prohibición de postularse más de una vez de manera continua pierde sentido. Tampoco se vería afectada la alternancia política, puesto que los electores tendrán varias opciones para decidir.

Asimismo, el Tribunal estimó innecesaria y desproporcionada la medida restrictiva del ejercicio de los derechos políticos, pues la eventual repostulación es solo una posibilidad y no garantiza la reelección continua e indefinida, que dependerá de la libre elección popular. Además, al respecto, la CIDH exige a los Estados parte garantizar, sobre todo, las condiciones y mecanismos óptimos para el ejercicio efectivo y no discriminatorio de los derechos políticos.

En consecuencia, los arts. 156, 168, 285.II y 288 CPE y 52.III, 64, inc. d, 65, inc. b, 71 inc. c, y 72 inc. b, LRE resultan contrarios al valor, principio y derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, contenidos en los arts. 8.II, 9.2 y 14 CPE. Asimismo, contravienen el derecho a la igualdad sin discriminación e igual protección de la ley, consagrados por el art. 24, en relación con el art. 1.1, ambos de la Convención Americana.

8. Los arts. 156, 168, 285.II y 288 CPE, que establecen que las autoridades sobre las que regulan sus alcances pueden ser reelectas por una sola vez de manera continua, son normas constitucionales-reglas, en relación con los arts. 26 y 28 CPE que, como normas constitucionales-principios, resultan de preferente aplicación.

El Tribunal cumplió con el control de convencionalidad y determinó que los arts. 13.IV y 256 CPE deben ceder ante el art. 23 Convención Americana, ya que contempla derechos más favorables que los de la CPE.

Los arts. 52.III, 64, inc. d, 65, inc. b, 71, inc. c, y 72 inc. b, LRE (normas legales-reglas) establecen el periodo de mandato del presidente y del vicepresidente, gobernadores, asambleístas departamentales, alcaldes y concejales y, además, la posibilidad de que puedan ser reelectos “de manera continua por una sola vez”. Estos artículos, cuyo texto es similar al contenido en los arts. 156, 168, 285.II y 288 CPE, son inconstitucionales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sala Plena, *acción de inconstitucionalidad abstracta interpuesta por los diputados miembros de la Asamblea Legislativa: Nélide Sifuentes Cueto, senadora; David Ramos Mamani, Nelly Lenz Roso de Castillo, Aniceto Choque Chino, Ana Vidal Velasco de Apaza, Julio Huaraya Cabrera, Felipa Málaga Mamani, Ascencio Lazo, Juan Vásquez Colque, Edgar Montaña Rojas, Víctor Alonzo Gutiérrez Flores y Santos Paredes Mamani* —expediente 20960-2017-42-AIA—, sentencia del 23-11-17, en <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/reeleccion167.html>.



Derechos sexuales y reproductivos. Aborto. Criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Derecho a la autonomía. Derecho a la integridad física y psíquica. Principio de igualdad. Principio de proporcionalidad. (Brasil).

Antecedentes del caso: un médico y algunos empleados de una clínica clandestina fueron detenidos, tras la denuncia de la fiscalía, por realizar abortos y

por asociación ilícita. Interpusieron un *habeas corpus* y alegaron que tenían buenos antecedentes, trabajo y residencia fija y que la medida era desproporcionada, ya que una eventual condena podría ser cumplida en régimen abierto.

Sentencia: El Tribunal Supremo Federal de Brasil ordenó la liberación de los accionantes. Consideró que la detención preventiva no satisfacía los presupuestos legales, ya que no se habían aportado elementos que justificaran la reclusión o demostraran el riesgo de reincidencia, sino que solo se había invocado genéricamente la gravedad abstracta del delito de provocar un aborto.

Por otro lado, la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre es incompatible con varios derechos fundamentales de las mujeres —tales como sus derechos sexuales y reproductivos y sus derechos a la autonomía a la integridad física y psíquica— y con el principio de igualdad. Además, menoscaba el principio de proporcionalidad, ya que afecta principalmente a mujeres pobres, que están obligadas a recurrir a la precariedad de clínicas clandestinas y asumir el riesgo de sufrir lesiones, mutilaciones o muerte.

La criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo viola también el principio de proporcionalidad porque constituye una medida inadecuada para proteger la vida del no nato, en tanto no produce un impacto importante en la cantidad de abortos que se practican en el país. Además, el Estado puede evitar la realización de abortos mediante medidas más efectivas y menos perjudiciales, como la distribución de anticonceptivos y el apoyo a las mujeres que quieran llevar su embarazo a término. Del mismo modo, la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo genera costos sociales (problemas de salud pública y muertes) que claramente tienen mayor gravitación que los beneficios que produce.

En consecuencia, es necesario revisar la constitucionalidad del delito imputado a los accionantes y discutir la tipificación penal del aborto voluntario de los arts. 124 y 126 del Código Penal. La intención del Tribunal no es defender la difusión del procedimiento abortivo, sino aspirar a que sea seguro y a que no se realice habitualmente.

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



División de poderes. Autonomismo. Conflicto de competencia entre la normativa nacional y la autonómica. Creación de comisiones parlamentarias. (España).

Antecedentes del caso: el abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, promovió un incidente de ejecución de la STC 259/2015 (dictada por el Tribunal Constitucional en un proceso de impugnación de disposiciones

autonómicas, que declaró inconstitucional y nula la Resolución I/XI del Parlamento catalán). Solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución 5/XI del Parlamento catalán, que crea una comisión parlamentaria de estudio del proceso constituyente y le asigna ciertos ámbitos de actuación, porque consideró que sus fines coincidían con los de la Resolución 1/XI, ya declarada inconstitucional y nula. Estimó que, mediante la creación de la comisión, el Parlamento de Cataluña pretendía formalizar de nuevo — en contra de la decisión del Tribunal Constitucional en la STC 259/2015— la apertura unilateral de un proceso constituyente y de desconexión con el Estado español.

El ministerio fiscal compartió las apreciaciones del abogado del Estado. Estimó que la creación de la comisión suponía un intento de eludir la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la Resolución 1/XI y desconocía lo resuelto en la STC 259/2015, y que, por eso, la Resolución 5/XI debía ser declarada nula en cuanto a la creación de la comisión.

Los letrados del Parlamento de Cataluña se opusieron a la pretensión de la Abogacía del Estado y solicitaron que se inadmitiera o se desestimara el incidente de ejecución, porque la creación y la constitución de la comisión no contravenía la STC 259/2015.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España estimó el incidente de ejecución formulado por el abogado del Estado en relación con la Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña, de creación de comisiones parlamentarias.

El Tribunal Constitucional advirtió a los poderes implicados y a sus titulares, especialmente a la Mesa del Parlamento, de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que ignore o eluda los mandatos de la sentencia.

1. El Tribunal Constitucional debió determinar si lo resuelto en la STC 259/2015 era desconocido por el Parlamento de Cataluña en su Resolución 5/XI. La función del Tribunal Constitucional es velar por el cumplimiento efectivo de sus sentencias y resoluciones y resolver las incidencias de ejecución. Por eso, puede adoptar las medidas necesarias para preservar su jurisdicción, como declarar la nulidad de los actos y resoluciones que la contravengan o menoscaben.

El Tribunal Constitucional, según su doctrina sobre incidentes de ejecución de sus sentencias y resoluciones, cotejó el contenido de la STC 259/2015 con la Resolución 5/XI para determinar si la resolución incurría o no en alguna de las situaciones proscritas por la jurisprudencia: contener un pronunciamiento contrario a la sentencia o intentar menoscabar su eficacia.

2. En el precedente STC 259/2015, el Tribunal Constitucional estimó la impugnación de disposiciones autonómicas, promovida por el abogado del Estado, contra la Resolución 1/XI del Parlamento catalán sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015. Declaró la inconstitucionalidad y nulidad de esa resolución, que fue expulsada del ordenamiento jurídico. Sostuvo que la resolución era un acto parlamentario con un marcado carácter político y capacidad para producir efectos de naturaleza jurídica. Advirtió que perseguía un objetivo unívoco y mostraba unidad de sentido y descartó que sea interpretable de conformidad con la Constitución.

El derecho de una comunidad a decidir sobre su independencia puede ser defendido sin violar la Constitución, pero el Parlamento de Cataluña, a través de la Resolución 1/XI, excluyó la utilización de los cauces constitucionales (art. 168 de la Constitución de España) para que una comunidad autónoma se convirtiera en un Estado independiente. El Parlamento proclamó la apertura de un proceso constituyente para preparar las bases de la futura constitución catalana, se comprometió a tramitar leyes para el proceso constituyente, afirmó ser depositario de la soberanía y expresión del poder constituyente y sostuvo que, en tal proceso, no se supeditaría a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular, a las del Tribunal Constitucional. Por último, instó al futuro Gobierno de la comunidad autónoma a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos del Parlamento catalán.

El Tribunal Constitucional señaló que la resolución se fundaba en el principio de legitimidad democrática del Parlamento de Cataluña, pero su formulación y consecuencias se contradecían con la Constitución de 1978 y con el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Así, se trastocaban no solo los postulados del Estado de derecho, sino también la propia legitimidad democrática del Parlamento de Cataluña. También se vulneraban el principio democrático (art. 1.1 CE) y la primacía incondicional de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), pues cualquier clase de legitimidad que se reivindicara debería fundarse en la Constitución. Por otra parte, la Resolución 1/XI desconocía tanto que la soberanía reside en el pueblo español por imperio constitucional como la indisoluble unidad de la nación española (arts. 1.2 y 2 CE). No se basaba en un entendimiento equivocado de lo que la Constitución impone o permite, sino en un expreso rechazo al ordenamiento constitucional vigente. El objetivo de la resolución era fundar un nuevo orden político, liberado de toda atadura jurídica.

Por último, el Tribunal Constitucional observó que el contenido de la resolución incidía directamente sobre cuestiones reservadas en su tratamiento institucional al procedimiento de reforma constitucional del art. 168 CE, que fue vulnerado. En efecto, el Parlamento de Cataluña puede proponer reformar la Constitución, pero no erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política y vulnerar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad. De ese modo, el Parlamento de Cataluña socavaría su propio fundamento constitucional y estatutario (arts. 1 y 2.4 EAC), se desvincularía de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico e infringiría las reglas básicas del Estado de derecho y la norma que declara la sujeción de todos a la Constitución (arts. 1.1 y 9.1 CE).

3. La Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña creó, bajo el amparo del art. 65 del Reglamento del Parlamento, la comisión de estudio del proceso constituyente.

La Resolución 5/XI ha sido dictada por el Parlamento —órgano de la comunidad autónoma que representa al pueblo de Cataluña (art. 55.1 EAC) y cuya función es de control e impulso de la acción política y de gobierno (art. 55.2 EAC)— a través del procedimiento parlamentario reglamentariamente establecido. Por otra parte, produce efectos jurídicos, pues abre la posibilidad de reconocerles, al Parlamento o al pueblo de Cataluña, atribuciones inherentes a la soberanía que son superiores a las que derivan de la autonomía de acuerdo con la Constitución.

4. El Parlamento de Cataluña, como representante de los ciudadanos de la comunidad autónoma, puede crear comisiones de estudio para el análisis de cualquier asunto que afecte a la sociedad catalana (art. 65.1 del Reglamento del Parlamento). Esa facultad forma parte de su esfera de decisión, pero no es absoluta o ilimitada. Nada impide que el Parlamento de Cataluña promueva, por vía de solicitud o de propuesta, una hipotética reforma de la Constitución (arts. 87.2 y 166 CE) y que, para ello, previamente establezca una comisión de estudio, porque es inherente a todo sistema democrático parlamentario la posibilidad de discutir cualquier cuestión de interés general. En relación con una reforma constitucional, no existen límites sustantivos (art. 168.1 CE) y se puede ejercer, siempre que se respeten la legalidad constitucional y los derechos de todos, la mayor libertad, ya que la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a ella. El debate público sobre proyectos políticos de reforma constitucional goza de una libertad total. Por el contrario, la conversión de esos proyectos en normas o en otras resoluciones del poder público solo es posible mediante el procedimiento de reforma constitucional. Si se hiciera de otra forma, se liberaría al poder público de toda sujeción a derecho y se causaría un daño irreparable para la libertad de los ciudadanos.

El deber de fidelidad a la Constitución por parte de los poderes públicos es obligatorio y constituye un soporte esencial del funcionamiento del Estado autonómico. Por eso, las asambleas parlamentarias deben procurar que sus resoluciones se acomoden a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), sin perjuicio de que las decisiones finales le correspondan al Tribunal Constitucional. Así, los titulares de cargos públicos están obligados a acatar la norma fundamental, lo que no implica una necesaria adhesión ideológica a su contenido, pero sí el compromiso de realizar sus funciones de acuerdo con ella y con el resto del ordenamiento jurídico. De este modo, el sometimiento a la Constitución es otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder.

5. Los ámbitos asignados a la comisión por la Resolución 5/XI se asemejan a algunos elementos del proceso constituyente de la Resolución 1/XI y sus fines son coincidentes. Además, solo transcurrieron dos meses entre la sanción de la Resolución 1/XI, su anulación y la sanción de la Resolución 5/XI. La creación de la comisión podría ser interpretada como un intento de dar apariencia de validez al proceso constituyente en Cataluña, que había sido declarado inconstitucional. Por eso, el Tribunal Constitucional estimó el incidente de ejecución.

6. Luego de estimar el incidente de ejecución, el Tribunal Constitucional debió determinar el alcance del pronunciamiento, ya que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece amplias facultades para resolver las incidencias de la ejecución y adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones.

La actividad parlamentaria en una comisión de estudio puede dedicarse a analizar alternativas para realizar una reforma constitucional. Por eso, el Tribunal Constitucional no estimó necesario declarar la nulidad de la resolución.

Sin embargo, no resulta admisible que la actividad parlamentaria de “análisis” o “estudio” busque continuar con el objetivo, declarado inconstitucional, de la Resolución

1/XI. En suma, la actividad de la comisión es inviable si no cumple las exigencias de la Constitución (sobre todo en relación con los procedimientos para su reforma) y los marcos que rigen la actividad política. Además, el Tribunal Constitucional advirtió a los poderes implicados y a sus titulares, bajo su responsabilidad, de que deben impedir o paralizar cualquier iniciativa que ignore o eluda estos mandatos. De este modo, se estableció el alcance de la estimación y se evitó que la comisión pudiera utilizarse como un intento de sortear o eludir la exigencia de todos los poderes públicos de cumplir las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Finalmente, el Tribunal Constitucional advirtió que el contenido de las disposiciones, resoluciones o actos emanados de cualquier poder público no menoscaba la integridad de las competencias que la Constitución le encomienda y que las ejercerá cuando corresponda. El Tribunal Constitucional expresó que abordaba la cuestión con el máximo respeto por la autonomía parlamentaria y con mesura, pero también con firmeza y determinación por la gravedad de las circunstancias. Además, revisó las conclusiones aprobadas por la comisión parlamentaria de estudio y constató que vulneran los mandatos. El Parlamento debe considerar esta apreciación, a pesar de que le corresponde a la propia cámara autonómica procurar actuar en el marco de la Constitución y de que todos los poderes públicos están obligados a cumplir las resoluciones del Tribunal Constitucional (art. 87.1 LOTC).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, impugnación de disposiciones autonómicas 6330-2015, auto 141/2016 del 19-7-2016, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25056>.



División de poderes. Federalismo. Regulación del alcohol. Circulación y comercio de bienes entre provincias. Validez de la prueba. Control provincial de aprovisionamiento y consumo. (Canadá).

Antecedentes del caso: el apartado 134.b de la Ley de Nuevo Brunswick para la Regulación del Alcohol prohíbe a los residentes tener alcohol en una cantidad superior a la prescrita, que no esté regulado la Société des alcools de Nuevo Brunswick, sino que, por ejemplo, provenga de otras provincias. Por esa razón, la gendarmería controla el reingreso de los residentes que cruzan la frontera provincial para comprar alcohol más barato.

El 6 de octubre de 2012, Gerard Comeau condujo desde su domicilio en Nuevo Brunswick hasta Quebec para comprar provisiones. La gendarmería lo detuvo en la frontera por transportar alcohol en cantidades superiores a las permitidas. Fue condenado a pagar una multa de C\$ 240 más costas.

Comeau cuestionó la multa y sostuvo que el art. 121 de la Ley Constitucional de 1867 garantizaba el libre comercio interprovincial. El Ministerio Público, por su

parte, alegó que el objeto del art. 121 es prohibir la imposición de impuestos y de otras cargas similares en las fronteras provinciales; que la multa no constituía un impuesto de orden local sino una sanción destinada a hacer efectivo el control de la cantidad de alcohol comercializada, y que, por lo tanto, la disposición no era aplicable a este caso. El juez hizo lugar al planteo de Comeau sin atenerse a la arraigada jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá en la materia.

La Cámara de Apelaciones de Nuevo Brunswick no admitió el recurso interpuesto por el Ministerio Público, que recurrió ante la Corte Suprema de Canadá.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá consideró que el apartado 134.b de la Ley para la Regulación del Alcohol de Nuevo Brunswick, que prohíbe a sus residentes abastecerse de alcohol en otras provincias, es constitucionalmente válido ya que no contradice lo dispuesto en el art. 121 de la Ley Constitucional de 1867.

Los tribunales de *common law* están obligados a respetar los precedentes. Salvo raras excepciones, los tribunales inferiores siempre deben aplicar las decisiones de las instancias superiores. Un precedente jurídico puede ser revisado si se plantea una evolución importante del derecho o bien cuando la circunstancia o la prueba sean radicalmente distintas. Sin embargo, la revisión de los precedentes no puede fundarse en cualquier tipo de prueba. Solo es posible dejar de lado un precedente si los elementos nuevos de la prueba modifican la manera en que los jueces entienden la cuestión jurídica en juego.

En este caso, no se cumplieron las premisas habituales para revisar un precedente. Para rechazar los precedentes, el juez consideró adecuado valerse de la opinión de un especialista. Se fundó en la evidencia presentada por un perito historiador y aceptó su descripción de las motivaciones que habían tenido los redactores del art. 121 de la Ley Constitucional de 1867. Este tipo de evidencia no constituye una prueba fehaciente de que haya habido una evolución de la realidad legislativa y social o un cambio radical, sino que, simplemente, constituye la descripción y evaluación histórica de un experto. Sustituir una jurisprudencia arraigada por la opinión de un historiador en una cuestión de derecho interno socava la función principal del juez. La adopción de este criterio generaría una inseguridad jurídica que el principio *stare decisis* pretende específicamente evitar.

El método moderno de interpretación legislativa proporciona una guía para interpretar la expresión “admitidos en franquicia” que figura en el art. 121. Como todo texto constitucional, el texto del artículo debe interpretarse de acuerdo con el contexto en que fue escrito, la evolución de las circunstancias y con el objetivo que la ley persigue. En el caso del art. 121, a partir del análisis de su redacción, del contexto histórico y legislativo y de los principios constitucionales subyacentes, no se sostiene la interpretación de que el artículo prohíba las trabas a la circulación de bienes de una provincia a otra, que llevaría a la conclusión forzada de que existe un régimen de libre cambio absoluto en Canadá. Este método de interpretación supone una concepción flexible y teleológica del art. 121 que respeta el equilibrio entre las competencias federales y provinciales.

La expresión “admitido en franquicia” del art. 121 es ambigua y debe ser interpretada en su marco histórico, legislativo y constitucional. Para establecer la

unión económica del país, los constituyentes reconocieron que cada provincia debía renunciar a su poder en materia impositiva. El contexto histórico brinda sustento a la tesis de que el art. 121 prohíbe gravar impuestos y otras medidas similares a los bienes que circulan de una provincia a otra. Sin embargo, la evidencia histórica no indica en absoluto que las provincias hayan delegado sus atribuciones de dictar normas aplicables a sus ciudadanos en términos del art. 92 de la Ley Constitucional de 1867, incluso cuando tuviera incidencia en el comercio interprovincial.

El contexto legislativo indica que el art. 121 formaba parte de un régimen que permitía que los derechos de aduana y de acceso, junto con otros impuestos similares, pasaran de las antiguas colonias al Dominio de Canadá. Se aplicó a medidas que tenían por efecto aumentar el precio de los bienes cuando cruzaban la frontera provincial. Por lo tanto, no debe ser objeto de una interpretación tan amplia para no interferir con el ejercicio de las atribuciones legislativas previstas en los arts. 91 y 92 de la Ley Constitucional de 1867.

Los principios fundamentales de la Ley Constitucional de 1867 también pueden ayudar a la interpretación del artículo. En el presente caso, el principio de federalismo es primordial: reconoce la autonomía de los gobiernos provinciales para asegurar el crecimiento de su sociedad dentro de sus propias esferas de competencia, y exige que los tribunales consideren las repercusiones que tienen las distintas interpretaciones de los textos constitucionales, de acuerdo con un debido equilibrio entre los intereses federales y provinciales. Una interpretación del art. 121 que derive de modo forzado en una integración económica plena debilitaría considerablemente la naturaleza del federalismo canadiense, fundado en la diversidad regional. La necesidad de mantener el equilibrio consagrado en el principio de federalismo se complementa con la interpretación de que el art. 121 prohíbe las leyes que traban la circulación de bienes entre provincias, pero autoriza a las legislaturas a adoptar leyes que tengan otros objetivos, dentro de los límites de sus facultades, aun cuando estas leyes puedan tener como efecto accesorio obstaculizar la circulación de bienes de una provincia a otra.

Las corrientes jurisprudenciales relativas al art. 121 pueden reagruparse en dos tesis conexas. En primer lugar, el propósito del art. 121 es prohibir las leyes que, tanto en su esencia como en su objeto, restringen o limitan la libre circulación de bienes en todo el país. En segundo lugar, las leyes que solo tienen un efecto accesorio sobre el comercio, en el contexto de regímenes reglamentarios más amplios que no apuntan a obstaculizarlo, no tienen por objeto restringir la circulación interprovincial y por lo tanto no infringen el art. 121. Además, el artículo no se refiere a las restricciones de circulación interprovincial de bienes que sean simplemente accesorias a una ley o a un régimen legislativo que persiguen otros propósitos. La declaración de inconstitucionalidad de los efectos accesorios de una ley o de un régimen comercial transfronterizo permitiría que el art. 121 prevaleciera sobre el ejercicio válido de un poder legislativo y crearía un vacío legislativo que ninguna disposición gubernamental podría resolver.

Quien denuncie que una ley infringe el art. 121 debe demostrar que esa ley, tanto por su esencia como por el fin que persigue, restringe el comercio interprovincial.

Además, debe probar que la ley que grava un impuesto tiene una incidencia necesaria en la circulación interprovincial de bienes, incluso si establece una prohibición pura y simple. Por otra parte, debe demostrar que la ley impone una carga complementaria a los bienes que provienen del exterior de la provincia. Es necesario, también, que la restricción del comercio interprovincial constituya el objeto principal de la ley y que no persiga otros propósitos.

En concreto, el apartado 134.b impide la compra de bebidas alcohólicas que no provengan de la Société des alcools de Nouveau-Brunswick. Esencialmente funciona como un impuesto, aun cuando puede tener otros efectos estrictamente vinculados al comercio interno de la provincia. No obstante, el texto y los efectos de la disposición apuntan en la misma dirección y sugieren que su objeto principal no es obstaculizar el comercio, sino más bien restringir el acceso a todas las bebidas alcohólicas adquiridas fuera de la Société y no únicamente a las que provengan de otra provincia. El régimen reglamentario de Nuevo Brunswick no apunta a restringir el comercio interprovincial, sino a permitir que los organismos públicos supervisen la producción, la circulación, la venta y el consumo de alcohol.

El objetivo principal del apartado 134.b es prohibir la posesión de cantidades excesivas de alcohol que provengan de reservas no reguladas por la provincia. En conclusión, el apartado 134.b no está disociado del objetivo más amplio del régimen legislativo y contribuye a que la provincia pueda tomar decisiones respecto del control del aprovisionamiento y del consumo de bebidas alcohólicas en su territorio. Si bien el apartado 134.b obstaculiza el comercio interprovincial, resulta un efecto accesorio respecto de la finalidad perseguida por el régimen provincial y no contradice lo dispuesto en el art. 121 de la Ley Constitucional de 1867.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ. *R. c. Comeau*, sentencia del 19-4-2018, en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17059/index.do>.



Inmigración. Residencia de extranjeros. Residencia irregular. Principio de fraternidad. Salvaguarda del orden público. Principios de necesidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas. Principio de legalidad de los delitos y las penas. (Francia).

Antecedentes del caso: Se presentaron ante la Corte de Casación dos cuestiones prioritarias de constitucionalidad (asuntos acumulados 2018-717 QPC y 2018-718 QPC), relativos al cumplimiento de los derechos y libertades garantizados por la Constitución en los arts. L.622-1 y L.622-4 CESEDA sobre el ingreso y permanencia de extranjeros y el derecho de asilo. A su vez, la Corte de Casación planteó al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad

para decidir si los derechos y libertades que garantiza la Constitución colisionan con lo dispuesto en los arts. L.622-1 y L.622-4 del Código de Entrada y Residencia de Extranjeros y del Derecho a Asilo (CESEDA), texto modificado por la Ley n.º 2012-1560 del 31 de diciembre de 2012, relativa a la verificación del derecho de residencia y la modificación del delito de asistencia para facilitar la residencia irregular, a fin de no sancionar a quienes realizan acciones humanitarias y desinteresadas.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia consideró que la expresión “residencia irregular” contenida en el primer párrafo del art. L.622-4 CESEDA es contraria a la Constitución. En cambio, el punto 3.º del art. L.622-4 CESEDA es consistente con la Constitución.

1. En términos del primer párrafo del art. L.622-1 CESEDA, ayudar directa o indirectamente a un extranjero a entrar, circular o residir irregularmente en Francia es un delito punible con cinco años de prisión y €30 000 de multa.

Por otra parte, el art. L.622-4 CESEDA contempla distintos casos en que las sanciones previstas en el art. L.622-1 no pueden dar lugar a un proceso penal. Así, en su punto 3.º concede inmunidad penal a quien —sin que haya mediado contraprestación alguna— ha brindado asesoramiento legal, alojamiento o atención médica para garantizar condiciones de vida dignas y decentes, o bien cualquier otra ayuda que tienda a preservar su dignidad o integridad física.

2. Los demandantes han objetado que las disposiciones citadas infringen los principios de fraternidad, de necesidad y proporcionalidad de los delitos y las penas, así como de legalidad y de igualdad ante la ley.

Consecuentemente, la cuestión prioritaria de constitucionalidad se refiere a la expresión “estancia ilegal” del art. L.622-4, primer párrafo y punto 3.º.

3. El principio de fraternidad ha sido reconocido por la Constitución en su art. 2 —el lema de la República es Libertad, Igualdad, Fraternidad—. El Preámbulo y el art. 72.3 refieren al ideal común de libertad, igualdad y fraternidad. De ese principio se deriva la libertad de ayudar a los otros, con una finalidad humanitaria, sin considerar la regularidad de la estancia en el territorio nacional.

Sin embargo, ningún principio ni regla de valor constitucional asegura a los extranjeros derechos de carácter general y absoluto para ingresar y permanecer en territorio nacional. El objetivo de la lucha contra la inmigración irregular es colaborar con la salvaguarda del orden público, que constituye un objetivo de valor constitucional.

Entonces, corresponde al legislador asegurar la conciliación entre el principio de fraternidad y la salvaguarda del orden público.

4. El Consejo Constitucional censuró la expresión “residencia irregular” incluida en el primer párrafo del art. L.622-4 CESEDA, dado que, al reprimir toda ayuda a la circulación del extranjero que se encuentra en una situación irregular —aun cuando resulte accesorio y esté motivada por un objetivo humanitario—, el legislador no ha hecho un balance adecuado del principio de fraternidad y del objetivo de valor constitucional de salvaguarda del orden

público. Tal exención no necesariamente debe ser entendida en relación con la ayuda para entrar de manera irregular que, a diferencia de la ayuda para circular o permanecer, da lugar a una situación ilícita.

5. Del punto 3.º del art. L.622-4, se desprende que los actos de asesoramiento legal se benefician de una exención penal, independientemente del objetivo perseguido por la persona que brinda asistencia. Para cualquier otro acto, la inmunidad existe solo si su objetivo es preservar la dignidad o integridad física del extranjero. Sin embargo, se ignoraría el principio de fraternidad si estos actos se interpretaran de modo diferente que cualquier otro acto humanitario.

Se deduce que el legislador no ha hecho un equilibrio entre el principio de fraternidad y el objetivo constitucional de salvaguardar el orden público.

Por lo tanto, el cuestionamiento relativo al principio de fraternidad debe ser rechazado.

6. En principio, la declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar a quien haya planteado la cuestión prioritaria de constitucionalidad. La decisión del Consejo Constitucional no debe aplicarse a los procedimientos en curso en la fecha de publicación de la sentencia.

Sin embargo, corresponde al Parlamento reparar la inconstitucionalidad constatada. La supresión de la expresión “residencia irregular” agrega un supuesto a las exenciones de pena previstas en el art. L.622-4 para los actos que intentan facilitar la entrada de una persona al territorio francés.

El Consejo Constitucional carece de facultades generales de apreciación de la misma naturaleza que las del Parlamento y, por lo tanto, no le corresponde indicar las modificaciones que deben ser adoptadas para remediar la inconstitucionalidad constatada.

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, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, sentencia del 6-7-2018, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm.



Menores. Procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad: prohibición. Derecho al desarrollo de la personalidad. Derecho a la intimidad. Autonomía personal. Medidas de carácter paternalista. Capacidad del menor. Consentimiento del menor. Derecho del menor a ser escuchado. Derecho a la salud y al desarrollo de los niños y adolescentes. (Colombia).

Antecedentes del caso: la Ley 1799/2016, sancionada por el Congreso de Colombia, prohíbe los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de 18 años —aún con el consentimiento de los padres (art. 3)—, hacer publicidad de esos procedimientos destinada a menores, y mostrar menores de edad en campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios, clínicas de cirugía estética, y procedimientos estéticos de cualquier tipo. Además, prohíbe la difusión de las campañas que, hasta la entrada en vigencia de la ley, mostraban modelos menores de edad (art. 5).

Efraín López Amarís interpuso una demanda de inconstitucionalidad por considerar que las prohibiciones del art. 3 violan los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad (arts. 15 y 16 de la Constitución Política, respectivamente), pues limita su capacidad y desconoce el ejercicio de su autodeterminación para construir su identidad y tomar decisiones sobre su aspecto.

En cuanto al derecho a la intimidad personal, denunció que la norma impugnada afecta principalmente a los púberes (14 a 18 años de edad) y se inmiscuye desproporcionadamente en su esfera personal por impedirles practicarse intervenciones estéticas, lo cual disminuye la autodeterminación privada e íntima de la que gozan para decidir sobre su aspecto físico. Alegó que la norma desconoce la capacidad de los menores de edad para realizar determinados actos válidos jurídicamente, como contraer matrimonio, elaborar testamento y adoptar.

En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, planteó que los procedimientos estéticos son una forma de reafirmar la identidad, pues buscan mejorar el aspecto físico. De manera que si se impone una prohibición, se frustra la reafirmación de la identidad del menor, lo que vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Adicionalmente, señaló que no se puede impedir que el menor se someta a cirugías estéticas, ya que no afectan los derechos fundamentales de terceros, y porque la prohibición impuesta carece de fundamento constitucional, pues el fundamento gira en torno a la protección de la salud.

Asimismo, consideró que el art. 5, inc. 2, de la ley desconoce los arts. 13 y 25 CP. Respecto del art. 25 CP, manifestó que el legislador introdujo prohibiciones injustificadas al derecho a trabajar de los púberes. Afirmó que este derecho comprende la libertad para seleccionar la actividad laboral y que existen dos principios que lo guían: la igualdad de oportunidades para los trabajadores y la especial protección al trabajador menor de edad. Indicó que, si bien existen ciertas limitaciones al derecho al trabajo de los mayores de 15 años, ninguna de ellas encuadra en la prohibición de trabajar como modelo de campañas publicitarias de cirugías estéticas, por lo cual esa prohibición es injustificada y, consecuentemente, viola el derecho al trabajo.

Respecto del art. 13 CP, el accionante propuso la aplicación de un estándar riguroso para controlar judicialmente la violación al derecho a la igualdad, y manifestó que vedar el trabajo de modelaje para campañas publicitarias de cirugías estéticas, y no de otros tipos de modelaje ni de quienes ejercen otros quehaceres, genera una posición de desigualdad. Concluyó que la norma es inconstitucional, pues la campaña puede estar dirigida a adultos y, por lo tanto, tal prohibición resulta exagerada y absurda. Además, la imposibilidad de que se practiquen cirugías estéticas en menores de edad no implica que la publicidad hecha por ellos para promocionar las cirugías estéticas esté dirigida exclusivamente a mayores de edad.

El Ministerio de Salud y Protección Social solicitó que se declarara la inexecutable del art. 3 de la Ley, por estimar que el precepto consagra una prohibición y por ello vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad (arts. 16 y 44 CP).

La Universidad del Rosario solicitó que se declarara la inexecutable de las normas controvertidas e hizo referencia al consentimiento informado en procedimientos médicos en general y a la prohibición expresada en el art. 3 de la ley, a la luz del derecho médico colombiano. Sostuvo que la norma prohibitiva no distingue entre cirugías estéticas reconstructivas y cosméticas, con lo cual vulnera el derecho a la salud de los menores de edad que necesiten una cirugía estética para lograr un estado óptimo de salud psíquica y psicológica, por ejemplo, en caso de intervenciones relacionadas con obesidad mórbida, el tamaño de los senos o la presencia de cicatrices. Igualmente, argumentó que la norma desconoce la libertad religiosa, pues prohíbe la práctica de cirugías como la circuncisión en niños y adolescentes. Finalmente, respecto del art. 5 inc. 2, expresó la falta de un criterio constitucional claro para restringir a los menores el derecho de todo ciudadano a trabajar, elegir una profesión u oficio y explotar la propia imagen, pues resulta una intromisión indebida del Estado.

En cambio, la Superintendencia de Salud solicitó que se declarara la executable de las normas cuestionadas por tener un sustento constitucional válido, a saber, buscar la protección integral de la salud de los menores de edad, especialmente en lo referente a los riesgos a los que son expuestos con ciertas cirugías plásticas. Sostuvo que la integralidad del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes encuentra un límite razonable y justificado en la práctica de procedimientos estéticos, que además están excluidos del Plan Obligatorio de Salud contributivo y subsidiado. También agregó que la prohibición apunta a proteger legalmente a los menores de edad frente a procedimientos innecesarios y riesgosos para su integridad personal. En relación con la prohibición publicitaria, argumentó que proteger a los menores de edad no es violar el derecho a la igualdad y menos al trabajo, porque el espíritu de la norma pretende excluir a los niños y adolescentes de todo tipo de promoción de cirugías estéticas, porque no conviene ni corresponden a su edad. Finalmente sostuvo que la norma propende a la protección del derecho a la vida, debido a la cantidad de casos registrados de personas que murieron luego de someterse a cirugías estéticas innecesarias en centros de salud que no contaban con la debida habilitación legal.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitó que se declarara la exequibilidad de las normas cuestionadas. No obstante, en sus argumentos también planteó la ineptitud sustantiva de la demanda en relación con los cargos en contra del art. 5.º parcialmente impugnado. Sostuvo que el objetivo esencial de la ley es prevenir cualquier afectación a los derechos a la salud, a la integridad y a la vida de los niños, que deben ser ponderados con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, pues si bien es cierto que las medidas demandadas pueden llegar a afectar estos derechos, las normas persiguen un fin constitucionalmente válido. Respecto del art. 5, inc. 2, alegó que la denuncia no cumplía con los requisitos que permitan dictar un pronunciamiento de fondo, y que la prohibición no estaba dirigida a coartar la libertad de elección de profesión u oficio, sino a evitar que se promueva la práctica de cirugías plásticas en menores de 18 años. Finalmente, alegó que la normativa cuestionada constituye una excepción válida al principio de autonomía progresiva de los niños y adolescentes, justificada en la posición de garante que el Estado y la sociedad deben ejercer frente a ellos y en el principio de interés superior del menor.

El Ministerio de Trabajo solicitó que se declarara la exequibilidad del art. 5, inc. 2, de la ley. Hizo referencia a la normativa vigente en materia de protección de derechos de los niños y adolescentes y destacó la obligación de protección que tiene el Estado frente a los menores trabajadores.

Finalmente, para la Procuraduría General de la Nación, el art. 3 es constitucional y no viola los arts. 15 y 16 CP, ya que la prohibición tiene como objetivo proteger a los menores de edad de tomar decisiones definitivas e invasivas hasta el momento en que tengan la capacidad para hacerlo. Además, recalcó que la prohibición no es absoluta y permite diversas cirugías y procedimientos estéticos como mamoplastias reconstructivas y rinoplastias funcionales, entre otras. También solicitó que se declarara la exequibilidad del art. 5 parcialmente cuestionado, ya que busca proteger a los menores de edad de ciertos prototipos creados por la cultura y el mercado con intereses particulares, que les impiden tomar decisiones verdaderamente libres acerca de su apariencia y su proyecto de vida.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia declaró exequible el art. 3 de la Ley 1799/2016, ya que “la prohibición allí prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado”.

Además, la Corte declaró exequibles los incs. 2 y 3 del art. 5 de la Ley 1799/2016.

1. La Corte debía resolver si la prohibición del art. 3 de la ley que impide realizar procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en niños y adolescentes, aun con el consentimiento de los padres, viola sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

También debía resolver si la prohibición de que los menores de edad aparezcan como modelos en campañas de promoción de publicidad de cirugías estéticas viola

su derecho a la igualdad en relación con los otros niños y adolescentes que no tienen ninguna restricción en el ejercicio del modelaje.

2. La ley tiene como objeto prohibir los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para pacientes menores de edad y establecer el régimen sancionatorio para quienes violen la prohibición. Así, la norma consta de tres ejes. El primero establece el objeto de la norma, las definiciones y las prohibiciones de procedimientos estéticos, así como sus excepciones. El segundo se refiere a las restricciones publicitarias, y el tercero, al deber de denuncia y al régimen de sanciones.

La ley establece que su objeto es proteger a los menores de edad frente a los riesgos de las cirugías plásticas estéticas y otros procedimientos estéticos mediante su prohibición y restricción publicitaria. Adicionalmente, la norma tiene cuatro objetivos específicos: i) proteger el bienestar y la formación física y mental de los menores de edad mediante la prohibición de procedimientos que alteren su correcto desarrollo físico y psíquico (derecho a la salud); ii) evitar prácticas antiéticas de la medicina y la estética respecto de procedimientos innecesarios y riesgosos en menores de edad con fines lucrativos y sin priorizar el bienestar del menor; iii) prevenir la sobreesexualización de los niños, niñas y adolescentes bajo autorización de los padres con el objetivo de ajustar la apariencia a un prototipo de belleza específico (el libre desarrollo de la personalidad relacionado con la capacidad de consentimiento del menor y el ejercicio responsable de la patria potestad), iv) e impedir el uso de la imagen en la promoción de procedimientos médicos y estéticos con el fin de limitar la identificación de modelos estéticos particulares.

El mismo documento justifica las prohibiciones de la ley sobre la base del aumento de los procedimientos estéticos, quirúrgicos o médicos, fundados en paradigmas de belleza sobreesexualizados, en un momento en el que el cuerpo aún no se encuentra desarrollado, por lo que puede tener consecuencias irreversibles que alteren decisiones de vida. Por ejemplo, el ejercicio pleno de la maternidad, o condiciones de salud que obligan a realizar nuevos procedimientos quirúrgicos riesgosos que los jóvenes no pueden prever por el momento de formación en que se encuentran, y que no se justifican bajo el ejercicio de una patria potestad responsable.

La ley también plantea que el marco constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad requiere la capacidad de efectuar juicios de valor acerca de las elecciones de vida. Deben respetarse las capacidades evolutivas de los niños y adolescentes y su derecho a participar en decisiones trascendentales respecto de sí mismos, con la prioridad de proteger el consentimiento en función del futuro. Las medidas de la ley buscan desincentivar ciertas conductas y consideran adecuada la prohibición dentro de los límites razonables de la restricción del derecho, por tratarse de una medida de limitación temporal respecto de una intervención con consecuencias definitivas.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, la ley explica que los padres, hoy en día, permiten la sobreesexualización de sus hijos mediante la alteración permanente de su apariencia. Por lo tanto, la norma crea un marco en el que se prohíben las operaciones en su criterio innecesarias, pero permite las que resulten necesarias dentro de las excepciones.

3. El cuestionado art. 3 regula la prohibición de cirugías y procedimientos estéticos para menores de edad, aun con el consentimiento de los padres, salvo ciertas excepciones. En general, las cirugías prohibidas son los implantes de senos, glúteos, las liposucciones y el uso de bótox. Este tipo de intervenciones, como cirugías plásticas, estéticas o de embellecimiento, fueron definidas en la Resolución 6408/2016 del Ministerio de Salud y Protección Social como el “procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos”. Aun cuando esta medida está dirigida a todos los menores de edad, es indudable que la prohibición tiene un impacto diferenciado para las niñas; por ende, se trata de una limitación en el ejercicio de la autonomía de los menores de edad con prevalencia en las mujeres respecto de la toma de decisiones acerca del cuerpo y de la apariencia. Se trata de una restricción temporal cuyo límite son los 18 años. No hace ninguna distinción en el acceso a los procedimientos en relación con la edad diferente del tope, es decir, no toma en cuenta criterios como la capacidad relativa o las capacidades evolutivas de los niños y adolescentes. La prohibición de ciertas cirugías y procedimientos estéticos, cuando desborda la necesidad de salud o no se trata de alguna de las excepciones, está dirigida principalmente a restringir las decisiones de las niñas acerca de su apariencia.

La Sala estimó que la medida tiene un carácter paternalista de género que impone una restricción a la autodeterminación, en especial, sobre el cuerpo de las mujeres, con fundamento en que es injustificado asumir riesgos médicos innecesarios. Sin embargo, convergen al menos dos objetivos constitucionalmente imperiosos: i) el cuidado de la salud y del desarrollo físico y mental de los menores de edad (principalmente las niñas), y ii) la eliminación de estereotipos de género que imponen prototipos de belleza primordialmente para las mujeres.

4. Además, determinó si la medida era adecuada a los fines propuestos. La primera finalidad constitucionalmente imperiosa está compuesta de dos aspectos: la protección de la salud en general y la protección del desarrollo físico y mental de los niños y adolescentes. El legislador buscó que la prohibición de cirugías y procedimientos estéticos disminuyera los riesgos para la salud derivados de cualquier cirugía en general que no se interfiriera con el desarrollo del cuerpo, y, además, fijar la edad de 18 años como el momento en que culmina el desarrollo. Si se admite que los procedimientos estéticos en niños y adolescentes los someten a riesgos innecesarios, la medida es adecuada a la finalidad. En cuanto a la protección del desarrollo físico y mental, su efectividad dependerá del momento en que la parte del cuerpo que se quiere intervenir completa su desarrollo y si su intervención supone un riesgo adicional, lo cual depende de la valoración médica de cada caso particular. No obstante, de manera general, sí se puede afirmar que la prohibición protege la salud de los menores de edad. En conclusión, la medida es adecuada para la proteger a los niños y adolescentes de riesgos innecesarios a su salud y, en general, respecto de la interferencia con su desarrollo, aun cuando se trate de valoraciones particulares.

Respecto de la segunda finalidad, la eliminación de estereotipos de género, la Sala entendió que las medidas que contribuyen realmente a eliminarlos son la educación en el respeto por la mujer y el fomento de condiciones de igualdad. Por

ende, la medida no logra el fin propuesto, no es adecuada para alcanzarlo y no supera este paso del juicio.

5. La medida es necesaria porque cumple con el fin de proteger la salud y el desarrollo de los niños y adolescentes mediante la eliminación de riesgos innecesarios.

6. La Sala también analizó la proporcionalidad en sentido estricto entre el beneficio por la protección de riesgos innecesarios para la salud de los menores y la restricción de su libertad para autodefinirse mediante el cambio de su apariencia.

La intromisión del Estado en la decisión de las personas sobre su propio cuerpo, particularmente de las mujeres, es una de las medidas más invasivas de la autonomía y es contraria al art. 16 CP.

El riesgo de una intervención estética debe ser valorado por un médico en cada caso en particular. La determinación de un riesgo para la salud, inclusive para los niños y adolescentes, no puede anular la autonomía de la voluntad, especialmente cuando no se afectan derechos o intereses de terceros. Así, la Sala evaluó si en todos los casos la protección de la salud prevalece sobre la autonomía de la voluntad de los niños y adolescentes. Según la Sala, la restricción que se impone al derecho a la autodeterminación de los menores de edad, y en especial de las niñas, es desproporcionada en todos los casos.

En otros casos, ha sido demostrado que los niños y adolescentes están capacitados para tomar decisiones definitivas para su identidad, con independencia de su edad y como consecuencia del desarrollo de la voluntad reflexiva, la información que han recibido y según el tipo de procedimiento al que se sometan. La opinión de los niños y adolescentes debe ser tenida en cuenta, aunque supeditada al criterio médico, a los fines de determinar si quieren asumir o no los riesgos de una intervención.

La Sala entendió que, en casos de riesgos innecesarios pero sujetos a valoración médica, el beneficio de la protección de la salud no justifica anular la autodeterminación de los niños y adolescentes respecto de su cuerpo. Es preciso evaluar la urgencia, los riesgos e intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño, y también su edad. Estos factores determinan el mayor o menor grado de participación en la decisión. En caso de que el niño no pueda otorgar su consentimiento o participar de la decisión, tampoco es admisible que prime el consentimiento sustituto de los padres. A su vez, la restricción también tiene un impacto desproporcionado para el derecho a la intimidad familiar, precisamente en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental en la orientación y dirección de la educación y desarrollo de los hijos, pues la medida sustrae a los padres o tutores de la posibilidad de ejercer el consentimiento sustituto en materias que están relacionadas con la salud.

Es admisible prohibir los procedimientos y cirugías estéticas, inclusive con el consentimiento de sus padres, cuando los niños y los adolescentes no tienen capacidad para entender los riesgos y antes de los 14 años de edad.

Por lo dicho, la Sala consideró que la norma cuestionada viola los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad por establecer una prohibición que no respeta las capacidades de decisión de niños y adolescentes sobre su cuerpo

incluso respecto a intervenciones en la salud. No obstante, declarar la inexecutableidad supondría la preeminencia del consentimiento sustituto de los padres respecto de la identidad de los menores.

Se declaró la executableidad del art. 3 de la ley, en razón de que la prohibición prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad para decidir, con quienes tienen la patria potestad, acerca de los riesgos que asumen en procedimientos de este tipo y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado.

7. En relación con los incisos 2 y 3 del art. 5 de la ley la Sala analizó si, dado que prohíben el uso de modelos menores de edad en campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios, clínicas de cirugía estética y procedimientos de cualquier tipo, vulneran los derechos a la igualdad y al trabajo entre los adolescentes de entre 15 y 18 años que se dedican al modelaje u otro tipo de labores. Se trata de una restricción adicional a las que ya se han fijado para el ejercicio del trabajo de los niños de entre 15 y 18 años de edad. No obstante, no modifica ninguna de las medidas de protección establecidas en su favor (por ejemplo, la prohibición de trabajos peligrosos o ilícitos, la reglamentación de horarios y condiciones de trabajo y la autorización por parte de la autoridad competente).

Se advirtió que la restricción de la participación de modelos menores de edad en campañas publicitarias tiene dos finalidades: la de eliminar estereotipos de género y la de desincentivar decisiones que pueden afectar la salud y el desarrollo físico y mental de los menores de edad.

En relación con los estereotipos de belleza, la cláusula de igualdad constitucional y los arts. 5 y 10 de la Convención para la Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) obligan a los Estados a tomar medidas concretas para modificar los patrones sociales y culturales que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En cuanto a las decisiones que pueden afectar la salud y el desarrollo físico y mental de los menores de edad, la ley admite las medidas de tipo paternalista (como la restricción de publicidades de cigarrillos) que no se involucren en la autodeterminación personal, pero sí que desincentiven la promoción de bienes o servicios lícitos aunque no deseados para la vida en sociedad. La Constitución no prohíbe restringir publicidades con el fin de desincentivar ciertos estereotipos de belleza ni privilegiar la protección de la salud de los menores de edad frente a intervenciones riesgosas, pues esas medidas no intervienen en la autonomía individual de las personas.

Por lo tanto, los incs. 2 y 3 del art. 5 de la ley fueron declarados executableos.

8. La prohibición de practicar procedimientos médicos y quirúrgicos a pacientes menores de 18 años, inclusive con el consentimiento de los padres, persigue las siguientes finalidades: proteger la salud y el desarrollo de niños y adolescentes, desincentivar determinados estereotipos de belleza (imperiosos desde el punto de vista constitucional), prevenir el ejercicio no ético de la medicina y la sobresexualización de los menores (constitucionalmente importantes pero no imperiosos). Sin embargo, la prohibición no resulta proporcional ni razonable. Este

tipo de prohibiciones generan mercados ilegales, que, además, deben ser controlados y erradicados por las autoridades. Por otra parte, la prohibición no es adecuada para eliminar los estereotipos de género, cuyas causas son más complejas. A su vez, desconoce el derecho de los padres de ejercer el consentimiento sustituto en el marco de la responsabilidad parental, lo cual resulta contrario al derecho a la intimidad en el ámbito de la familia.

Aun cuando la medida persigue fines constitucionalmente, la intervención del Estado en las decisiones sobre el cuerpo de menores de edad, especialmente de mujeres de entre los 14 y 18 años, que además impide a los padres ejercer su responsabilidad parental, es una medida paternalista y desproporcionada en relación con el sacrificio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

Si bien la norma establece una prohibición que no respeta las capacidades de decisión de los adolescentes a partir de los 14 años, declarar la inexecutable supondría establecer la preeminencia del consentimiento sustituto de los padres sobre la autodeterminación individual, desconocería el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad y no protegería su autonomía futura. De todas formas, este tipo de procedimientos solo pueden permitirse a partir de los 14 años y de acuerdo con la madurez del menor.

La Sala declaró exequible el art. 3 de la ley, dado que el permiso solo se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva para decidir, con quienes tienen la patria potestad, acerca de los riesgos para su salud y prestar un consentimiento informado y cualificado.

Por último, los incisos 2 y 3 del art. 5 de la ley fueron declarados exequibles, ya que, aun cuando la medida establece una distinción entre los niños de entre 14 y 18 años que trabajan como modelos de campañas estéticas y aquellos que tienen otros empleos, la restricción publicitaria es razonable. Los fines que persiguen son constitucionalmente imperiosos: desincentivar los riesgos innecesarios para la salud de los menores y eliminar estereotipos de género negativos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Efraín Armando López Amaris s/ demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 3 y 5 (parcial) de la Ley 1799/2016*, sentencia C-246/17, del 26-4-2017, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-246-17.htm>.



Objeción de conciencia. Libertad de pensamiento, conciencia y religión. Colocación de diu. Indemnización. (Noruega).

Antecedentes del caso: una médica polaca se trasladó a Noruega en 2008 para acompañar a su marido por razones laborales. Al año siguiente, después de haber concluido un curso de noruego y de haber realizado prácticas médicas en un hospital, presentó una solicitud para trabajar en la municipalidad de Sauherad como

médica generalista, su especialidad. Durante una entrevista en la municipalidad, expresó que por motivos de conciencia no colocaría ningún diu. Si bien no accedió al puesto solicitado, tiempo después consiguió un empleo temporario como médica generalista en la municipalidad, y logró acceder a un puesto permanente en mayo de 2011. Antes de firmar el contrato fue entrevistada nuevamente por el empleador y expresó nuevamente que no colocaría dius. En el Centro Médico de Sauherad, A derivaba a las pacientes que solicitaban la colocación de un diu sin referirse a su objeción de conciencia.

En febrero de 2014 el gobernador del Condado de Telemark inició procedimientos de supervisión tras haber sido informado de que una médica generalista de la municipalidad de Sauherad era objetora de conciencia. Solicitó una investigación al Consejo Noruego de Supervisión de la Salud. El consejo respondió que era preciso determinar si la aceptación de la objeción de conciencia de A por parte de la municipalidad contrariaba el deber de ofrecer servicios médicos generales. Concluyó que A no podía negarse a colocar dius y solicitó a la municipalidad indicar de qué manera aseguraría que en el futuro el Plan de Médicos Generalistas del Servicio Médico cumpliría con las exigencias normativas.

La municipalidad, entonces, informó a A que existía el riesgo de que su contrato de trabajo fuera rescindido si se negaba a colocar dius.

El 1.º de abril de 2015 A se tomó licencia y, desde entonces, trabaja en el hospital de Notodden. El 3 de diciembre de ese año, la municipalidad rescindió su contrato.

A presentó una demanda ante el Tribunal de Distrito de Aust-Telemark, que en febrero de 2017 se expidió a favor de la municipalidad de Sauherad.

A interpuso un recurso ante la Corte de Apelaciones de Agder, que en noviembre de ese año dispuso: que la rescisión del contrato era ilegal y que la municipalidad de Sauherad debía reincorporarla; que la municipalidad no era responsable por los daños; que las partes deberán sufragar sus propios gastos ante el Tribunal de Distrito, y que la municipalidad de Sauherad debía pagar a la requirente la suma de NOK 600 000 en concepto de gastos, en un plazo de dos semanas a partir de la notificación de la sentencia.

La municipalidad de Sauherad interpuso un recurso de apelación ante la Corte Suprema de Noruega contra lo dispuesto por la Corte de Apelaciones, respecto de la declaración de ilegalidad de la rescisión del contrato. Por su parte, A, hizo lo propio contra lo dispuesto respecto de la falta de responsabilidad de la municipalidad por los daños ocasionados.

Sentencia: la Corte Suprema de Noruega desestimó el recurso interpuesto por la municipalidad de Sauherad. La municipalidad es responsable por las pérdidas económicas sufridas por A como resultado de la rescisión de su contrato de trabajo el 3 de diciembre de 2015. Además, la municipalidad deberá pagar a la médica NOK 2 500 000 en un plazo de dos semanas a partir de la notificación de la sentencia.

1. La municipalidad de Sauherad sostuvo que no existió ningún acuerdo con A por el que se hubiera aceptado su objeción de conciencia y que, de conformidad con el Plan de Médicos Generalistas, no existe derecho alguno a negarse a colocar dius.

Por otro lado, la municipalidad argumentó que el requisito de que A debía colocar dius no era contrario al art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (libertad de pensamiento, conciencia y religión). Además, alegó que, incluso si la rescisión del contrato de trabajo fuera declarada ilegal, no habría fundamentos para solicitar una indemnización.

Por su parte, A sostuvo que, antes de firmar su contrato de trabajo con la municipalidad, las partes habían acordado de palabra que ella tendría derecho a la objeción de conciencia y que otros médicos colocarían los dius cuando fueran requeridos. Asimismo, afirmó que la rescisión del contrato violó el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) dado que la objeción de conciencia está amparada por el derecho a la libertad de conciencia y religión. Además, manifestó haber sido afectada sobremanera por la rescisión de su contrato de trabajo y que existió una discriminación indirecta basada en la religión (art. 14 CEDH), puesto que la prohibición de objeción de conciencia afecta a todos los médicos generalistas católicos.

2. Los representantes de la municipalidad dieron testimonio de que hubo un acuerdo verbal con A en el que ella dejó en claro que no colocaría dius. Se trató entonces de determinar si el acuerdo, tal como sostiene la municipalidad, debía considerarse inválido por ser contrario a las normas relativas al Plan de Médicos Generalistas u a otra legislación relevante en el momento en que se celebró.

3. El Plan de Médicos Generalistas fue implementado de forma permanente en el año 2000. Su propósito principal fue incrementar la calidad de los servicios generales de salud para garantizar a cada persona un acceso seguro, simple y eficiente. Ahora bien, ni el plan ni el Reglamento del Servicio Municipal de Salud, cuando A fue empleada en la municipalidad en 2011, preveían disposiciones expresas sobre el derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, la Ley de Interrupción del Embarazo, desde su puesta en vigor en 1975, dispone, en su art. 14, que se tendrá en consideración al personal sanitario que por razones de conciencia no desea practicar abortos o asistir en la operación. Ello demuestra que el legislador, en un ámbito jurídico semejante, ha considerado necesario incluir una disposición específica que regule el derecho a la objeción de conciencia. Esta cuestión también se ha planteado con respecto a la fertilización asistida en parejas de lesbianas.

En conclusión, sobre la base de lo referido, no es posible afirmar que el acuerdo verbal de mayo de 2011 entre la municipalidad y A, relativo a la objeción de conciencia, hubiera sido contrario a la legislación vigente en ese momento, razón por la cual el acuerdo no puede ser desechado. Por otra parte, las nuevas normativas del Plan de Médicos Generalistas, implementadas en 2012, tampoco abordan la cuestión del derecho a la objeción de conciencia.

CORTE SUPREMA DE NORUEGA, expediente n.º 2018/199, sentencia del 11-10-2018, en <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2018-1958-a.pdf>.



Responsabilidad internacional del Estado. Derecho a las garantías judiciales. Homicidio de un candidato a diputado. Derecho a la protección judicial. Derecho a una investigación diligente. Plazo razonable. Derecho a la integridad personal de los familiares. Derecho a la vida. Derechos políticos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Ángel Pacheco León era candidato a primer diputado por el Partido Nacional de Honduras en el departamento de Valle para las elecciones del 25 de noviembre de 2001. El 23 de noviembre, poco antes de la medianoche, cuando Pacheco León entraba a su domicilio junto con su hijo, un hombre corrió hacia ellos, evitó que cerraran la puerta, disparó varias veces con un arma de fuego y Pacheco León murió. Pasadas las elecciones, la candidatura de Pacheco León obtuvo los votos necesarios para acceder al cargo de diputado. Las autoridades partidarias decidieron que el hermano del candidato, José Pacheco, asumiera en su reemplazo.

El 24 de noviembre de 2001 tres sospechosos de haber cometido el homicidio fueron detenidos y declararon, pero fueron desvinculadas del proceso con base en distintas diligencias. En el curso de la investigación, todavía abierta, se realizaron otros procedimientos, como la recolección de evidencia en el lugar del delito, la recepción de múltiples declaraciones, tres allanamientos, diversos peritajes, inclusive sobre armas de fuego, e indagación sobre registros telefónicos.

Varias declaraciones recabadas durante la investigación aludieron a circunstancias intimidatorias o de agresión que había sufrido Pacheco León, en las que habían participado, entre otras personas, algunas vinculadas a la actividad política, incluso agentes estatales, y se mencionó, además, la intervención de un policía como supuesto autor material del homicidio. Algunos de los testigos manifestaron temer por su vida.

En 2010, 2013 y 2015 el Ministerio Público solicitó la asignación de un equipo especial para investigar el homicidio, pero la propuesta fue rechazada por la insuficiencia de la prueba recabada.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente al Estado de Honduras por la falta de una investigación diligente sobre el homicidio de Ángel Pacheco León.

1. Fondo:

Pese a la destrucción y pérdida de algunas muestras, y a que no se acreditó que se realizaran ciertas diligencias, la Corte advirtió que el Estado efectuó múltiples investigaciones y recolectó material probatorio relevante. No obstante, hubo una conducta estatal negligente respecto del seguimiento de la investigación. Si bien se hallaron indicios sobre el posible autor del delito que aludían a personas relacionadas con la actividad política de Pacheco León, no se adoptaron medidas que contribuyeran a esclarecerlo. En particular, la Corte observó que: a) diversas personas señaladas no prestaron declaración; b) solo se tomó declaración al policía preventivo

un año y nueve meses después de que se mencionara su supuesta intervención en el delito; c) no consta que se tomaran las medidas de vigilancia y ubicación de ciertas personas implicadas que fueron consideradas pertinentes por las autoridades a cargo de la investigación; d) no consta que se otorgara protección a los declarantes, y, e) aunque en 2010, 2013 y 2015 se advirtió la necesidad de un equipo especial para la investigación, el pedido fue desatendido.

Por otra parte, la Corte señaló que las actuaciones no se efectuaron en un plazo razonable. Si bien pueden existir elementos de complejidad en la investigación, ello no justifica la demora de aproximadamente dieciséis años ni los prolongados períodos de inactividad procesal.

Por lo anterior, el Estado ha violado los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, consagrados en los arts. 25.1 y 8.1 de la Convención Americana en relación con su art. 1.1 en perjuicio de Blanca Rosa Herrera Rodríguez, Cinthia Mirella Pacheco Devicente, Tania Melissa Pacheco López, Bianca Gisselle Pacheco Herrera, Jimmy Javier Pacheco Ortiz, Miguel Ángel Pacheco Devicente, Juan Carlos Pacheco Euceda, Andrea Pacheco López, María Otilia Pacheco, Concepción Pacheco, Blanca Pacheco, María Regina Pacheco, Santos Norma Pacheco, Marleny Pacheco Posadas, Elsa Yamileth Almendarez Pacheco, Jaqueline L. Almendarez Pacheco, José Pacheco, Francisco Pacheco y Jorge Pacheco.

Por otra parte, de conformidad con la prueba pertinente, la Corte advirtió que el modo en que ha sido conducida la investigación afectó la integridad personal de una hermana y un hermano de Pacheco León, quienes asumieron la búsqueda de justicia, de su hijo, dada la revictimización sufrida, y de la madre y de la compañera de Pacheco León, por la afectación emocional vinculada con la falta de resultados. Por ello, Honduras violó, en perjuicio de las personas indicadas, su derecho a la integridad personal consagrado en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1.

En cuanto al derecho a la vida y a los derechos políticos, la Corte advirtió que hubo indicios de la participación de agentes estatales en el homicidio. Sin embargo, no existen elementos para determinar que los autores del homicidio fueran agentes estatales que actuaran bajo el amparo del poder estatal. Además, en el caso no se adujo una vulneración al deber de prevenir la muerte de Pacheco León, ni el Estado había tenido conocimiento del riesgo que él padecía. Por lo tanto, el Estado no es responsable por la violación del derecho a la vida y de los derechos políticos, consagrados, respectivamente, en los arts. 4.1 y 23.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Pacheco León.

Finalmente, la Corte no encontró motivos para examinar los hechos en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el art. 2 de la Convención Americana.

2. Reparaciones:

La sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. Adicionalmente, la Corte ordenó al Estado: a) adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para continuar la investigación; b) investigar, en un plazo razonable, las causas del

retraso procesal y, de ser pertinente, a los funcionarios involucrados en la investigación, y, luego de un debido proceso, aplicar las sanciones correspondientes; c) publicar la sentencia y su resumen oficial; d) establecer, en el plazo de un año, un protocolo de investigación diligente; e) establecer, en el plazo de un año, un programa o curso permanente obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos, y f) pagar las cantidades fijadas por daños materiales e inmateriales y por costas y gastos.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pacheco León y otros c/ Honduras* (Fondo, reparaciones y costas), sentencia del 15-11-2017, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_342_esp.pdf.



Responsabilidad internacional del Estado. Violencia de género. Derecho a la integridad personal. Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Prohibición de la esclavitud. Derecho a la libertad personal. Derecho a la no discriminación. Derechos a las garantías judiciales, a la dignidad, a la autonomía y vida privada, a la circulación y residencia, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial. Obligación de debida diligencia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Linda Loaiza López Soto fue privada de su libertad por un particular cuando tenía 18 años. Durante un lapso de casi cuatro meses (entre marzo y julio de 2001), fue sometida de manera continua a diversos actos de violencia física, verbal, psicológica y sexual, como ingesta forzada de alcohol, drogas y medicamentos, golpes que le provocaron traumatismos y hematomas en el rostro, los pabellones auriculares, el tórax y el abdomen, fractura de nariz y mandíbula, mordeduras en los labios, mamas y pezones, quemaduras con cigarrillos en la cara y el cuerpo, desnudez forzada, violaciones reiteradas vaginales, anales y con objetos, amenazas y humillaciones, privación de alimentos, etc. Cuando López Soto logró pedir auxilio, personal policial y de bomberos ingresó al departamento y la rescató. Debido a las múltiples lesiones que presentaba, pasó casi un año hospitalizada y se sometió a quince cirugías, incluidas reconstrucciones de los labios, de la nariz, del pabellón auricular izquierdo y de la vagina.

Los hechos fueron investigados en sede penal. Se llevaron a cabo dos juicios orales, ya que el primero fue anulado. En el segundo proceso penal, Luis Antonio

Carrera Almoina fue condenado por privación de la libertad y lesiones gravísimas, pero absuelto por violación. Otras dos personas acusadas por hechos concomitantes (peculado y encubrimiento, entre otros) fueron absueltas de todos los delitos. En 2008, se declaró cumplida la pena.

Sentencia: La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que la República Bolivariana de Venezuela era responsable internacionalmente por la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, integridad personal, prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud, libertad personal, garantías judiciales, dignidad, autonomía y vida privada, circulación y residencia, igualdad ante la ley y protección judicial, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, de no discriminar y de adoptar medidas de derecho interno, así como por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará y de los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), en perjuicio de Linda Loaiza López Soto.

La Corte resolvió que hubo responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la integridad personal de su grupo familiar.

1. Reconocimiento parcial de responsabilidad estatal:

El Estado reconoció parcialmente su responsabilidad y objetó determinados hechos. Manifestó expresamente que su reconocimiento no incluía la responsabilidad derivada de las violaciones cometidas por agentes no estatales. La controversia principal era si correspondía atribuir responsabilidad al Estado por actos de particulares, pues lo relativo a la investigación judicial fue objeto, en términos generales, de reconocimiento estatal.

La Corte valoró el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional realizado por el Estado, así como el pedido de disculpas del agente estatal durante la audiencia pública, por su alto valor simbólico para lograr que no se repitan hechos similares.

2. Fondo:

Los atroces y ultrajantes actos de violencia física, verbal, psicológica y sexual sufridos por Linda Loaiza López Soto, que afectaron sus derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, autonomía y vida privada, así como a vivir una vida libre de violencia, no fueron puestos en duda en el proceso. Tampoco se cuestionó que esos hechos configuraron actos de violencia contra la mujer, así como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres en los términos dispuestos en la Convención de Belém do Pará. En efecto, el Estado se refirió expresamente durante la audiencia pública a “los terribles hechos de violencia contra la mujer de los que fue víctima”. El derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la no discriminación.

Los hechos bajo estudio se refieren a un supuesto de violencia contra la mujer, lo que exige una debida diligencia reforzada que trasciende el contexto particular en que se inscribe el caso. Esto conlleva la adopción de una serie de medidas de diversa índole para, además de prevenir hechos de violencia concretos, erradicar toda práctica de violencia basada en el género.

Para que haya responsabilidad estatal por el incumplimiento de una obligación de debida diligencia a fin de prevenir y proteger los derechos de un individuo o grupo de individuos determinado frente a particulares, es necesario establecer el conocimiento por parte del Estado de un riesgo real e inmediato. Luego, se debe evaluar la adopción o no de medidas razonables para prevenir o evitar el riesgo, incluso de aquellas que abordan la problemática de la violencia contra las mujeres en términos generales y de aquellas adoptadas frente a un caso concreto una vez establecido el riesgo de una grave afectación a la integridad física, sexual y/o psicológica de la mujer, o a su vida.

Para determinar si el Estado tuvo o debió haber tenido conocimiento del riesgo para una persona o grupo de personas determinado, se consideraron distintos elementos e indicios, de acuerdo a las circunstancias del caso y el contexto. En cuanto a los casos de violencia contra la mujer, se analizaron las circunstancias particulares de cada asunto y el modo en que el Estado tuvo noticia de los hechos, incluido el contexto relevante y las denuncias hechas o la posibilidad de interponer denuncias por parte de personas vinculadas con las víctimas.

La noticia de un secuestro o de la desaparición de una mujer tiene que activar el deber de debida diligencia reforzada del Estado, ya que esas circunstancias generan un escenario propicio para la comisión de actos de violencia contra la mujer, incluida la sexual. Estos elementos implican un riesgo para la vida y la integridad de la mujer, independientemente del contexto particular. Así lo reconoce la propia Convención de Belém do Pará en su art. 2, que ubica al secuestro dentro del concepto de violencia contra la mujer.

Ahora bien, la aquiescencia generaría un nivel de responsabilidad más directo que el derivado del análisis del riesgo. El Estado pudo haber consentido el accionar del particular, sea por inacción deliberada o por haber generado condiciones para que el hecho fuera posible.

El derecho internacional de los derechos humanos impone una obligación de debida diligencia estricta en la prevención de la violencia contra la mujer. La obligación implica, por un lado, adoptar medidas de carácter general en el plano normativo e institucional; por el otro, la debida diligencia en la respuesta estatal ante la noticia de la desaparición o secuestro de una mujer. En este caso, se verificó el incumplimiento de estas dos facetas.

El marco institucional y normativo para la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer en Venezuela, al momento de los hechos, era deficitario. La atención de casos de violencia de género se circunscribía a los sucedidos en el ámbito familiar. Sin embargo, aun en ese supuesto, los funcionarios públicos encargados de recibir las denuncias carecían de formación técnica para cumplir con la debida diligencia en la respuesta estatal ante la noticia de la

desaparición de una mujer, cuya vida e integridad estaba en riesgo. Además, el Código Penal vigente era altamente discriminatorio, sobre todo en lo que respecta a la tipificación de los delitos sexuales. Por ejemplo, establecía penas diferenciadas y más gravosas para el delito de adulterio en caso de ser mujer, atenuaba las penas cuando los delitos sexuales fueran cometidos contra una mujer que ejerciera la prostitución y preveía la extinción de la pena si el autor de la violación contraía matrimonio con su víctima. Asimismo, el bien jurídico protegido en los delitos sexuales no era la libertad sexual y la integridad de la mujer, sino la moral y las buenas costumbres. Por otro lado, la tipificación de la tortura era insuficiente pues se circunscribía a personas en custodia. De este modo, el Estado no había adecuado su legislación y práctica a los instrumentos internacionales ratificados.

En este caso, respecto de la obligación de actuar con debida diligencia para cumplir con el deber de prevención, la controversia fáctica se centraba en determinar si las autoridades estatales sabían o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la integridad, libertad, dignidad, autonomía y vida privada de López Soto.

Ana Secilia López Soto, hermana de Linda, concurrió en seis oportunidades a una sede de la Policía Técnica Judicial para poner en conocimiento de las autoridades policiales la situación de su hermana. Sin embargo, no había constancias documentales que dieran cuenta de ello. Además de negar que se hubiera interpuesto una denuncia, el Estado indicó que existían ciertas contradicciones e inconsistencias entre las distintas declaraciones brindadas por Ana Secilia, que no permitirían afirmar las circunstancias de tiempo y lugar en que esa denuncia habría sido interpuesta. A pesar de eso, los representantes legales aportaron la copia de una denuncia formulada por Ana Secilia, ante el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, contra el agresor, que fue procesado por amenazas de muerte. El Estado, a pesar de ser requerido, no remitió copia completa de la denuncia ni de ninguna otra que hubiese sido interpuesta.

Con excepción del testimonio brindado en sede policial, en el resto de sus declaraciones Ana Secilia fue consistente respecto de haber concurrido ante la policía para denunciar la desaparición de su hermana, antes de haber presentado la denuncia por amenazas. Las posteriores declaraciones también son coherentes en cuanto a la sede en la que se presentó. Si bien existían divergencias acerca de las fechas y la cantidad de veces que Ana Secilia refirió haber concurrido a realizar una denuncia, lo cierto es que acudió a la policía en más de una oportunidad. En este sentido, indicó que la respuesta que recibió del personal policial siempre había sido que se trataba de un conflicto de pareja, que no debían interferir y que sus denuncias no serían procesadas. La actitud de la policía demuestra que aplicaron estereotipos de género negativos según los cuales los conflictos de pareja deben quedar exentos de la intervención estatal.

Por otra parte, la actitud de la policía no se justifica ya que la Ley de Violencia contra la Mujer y la Familia que regía en ese momento estaba focalizada en los casos de violencia en la familia o en las relaciones interpersonales. Este marco normativo específico no fue efectivo en cuanto a la recepción de denuncias y a la celeridad requerida para atender situaciones de violencia, al menos en este caso.

Del mismo modo, las incongruencias en las declaraciones judiciales de Ana Secilia respecto de la primera declaración ante la policía no lograron desvirtuar sus afirmaciones en cuanto a haber concurrido a denunciar la situación de su hermana al menos en otra ocasión previa a la de mayo de 2001. Sin embargo, no fue posible precisar la fecha exacta, porque estas denuncias no eran procesadas. En efecto, en la época de los hechos, existía una preocupación de las agencias internacionales por la falta de medidas eficaces para responder a los elevados índices de violencia contra la mujer que surgían de las denuncias y por la impunidad imperante, pues los casos no superaban las primeras etapas. Pese a que había algunas cifras oficiales acerca de la cantidad de casos denunciados, no existían datos confiables. El subregistro de los casos de violencia sexual obedecía a dos factores principales: la dificultad de iniciar o proseguir la denuncia y la desestimación de las denuncias que no involucraran evidencias físicas de violencia.

Por otra parte, en la prueba documental constaba que el 26 de mayo de 2001 Ana Secilia denunció ante la Policía Técnica Judicial haber recibido amenazas de muerte y también informó a la policía sobre la situación en que se encontraba su hermana. Pese a que no fue posible determinar con certeza la fecha en que Ana Secilia concurrió por primera vez a denunciar la desaparición, al menos desde la denuncia del 26 de mayo de 2001 el Estado tuvo conocimiento de un riesgo para la integridad, libertad, dignidad, autonomía y vida privada de la víctima.

Así, con el conocimiento de este riesgo por parte del Estado, Venezuela tenía la obligación de actuar con debida diligencia frente a la desaparición o el secuestro de una mujer, que podía implicar la comisión de actos de todo tipo de violencia y en particular de naturaleza sexual.

En este caso, a diferencia de otros, las autoridades policiales no solo habían tomado conocimiento del riesgo para Linda Loaiza, sino que también contaron con la información sobre la identidad del autor, su descripción física y los datos de su teléfono, lo que constaba en el acta de la denuncia de Ana Secilia del 26 de mayo de 2001. Por lo tanto, el Estado no solo conocía el riesgo en que se encontraba la víctima, sino que tenía una posibilidad más concreta de actuar.

Así, la falla en el deber de debida diligencia fue manifiesta, porque el Estado conocía la identidad del agresor y pudo tomar medidas concretas y direccionadas para desactivar el riesgo. Los agentes policiales debían confirmar los datos personales del denunciado con los registros públicos, determinar su domicilio, corroborar la titularidad del abonado telefónico aportado al momento de la denuncia y el domicilio de facturación, así como obtener listados de llamadas entrantes y salientes. Con esa información, podrían haber identificado la residencia de la persona denunciada y realizado averiguaciones discretas sobre los hechos. Por el contrario, los funcionarios policiales solo intentaron comunicarse telefónicamente con él. La Corte expresó que no contaba con información que indicara que se hubieran emprendido otras acciones de investigación o búsqueda del paradero, o incluso que se le hubiera dado intervención a un órgano jurisdiccional.

De acuerdo a todo lo analizado, no resultó posible considerar al Estado como responsable directo de los actos sufridos por Linda Loaiza, sino que su responsabilidad

se derivaba de la reacción insuficiente y negligente de los funcionarios públicos que no adoptaron las medidas esperables y no cumplieron con la debida diligencia para prevenir e interrumpir el curso de causalidad de los acontecimientos. Su accionar, por el contrario, causó alerta en el agresor. Asimismo, hubo una omisión total para prevenir adecuadamente las agresiones físicas, verbales, psicológicas y sexuales sufridas por Linda Loaiza, pese a conocer la identidad de la persona denunciada, lo que demuestra una actitud tolerante frente a situaciones de riesgo de violencia contra la mujer. Por lo dicho, el Estado tuvo responsabilidad internacional, al menos desde el 26 de mayo de 2001, por los actos de violencia cometidos por particulares contra Linda Loaiza López Soto, ya que se toleraron violaciones a sus derechos a la integridad personal, libertad personal, dignidad, autonomía y vida privada, reconocidos en los arts. 5.1, 7 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en el art. 1.1 del mismo instrumento y el art. 7.a) y 7.b) de la Convención de Belém do Pará.

Por otra parte, la esclavitud sexual, como violación de derechos humanos, está comprendida por la prohibición del art. 6 de la Convención Americana, independientemente de la existencia de un contexto determinado. Para catalogar una situación como esclavitud sexual, es necesario verificar dos elementos: el ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona y la existencia de actos de naturaleza sexual que restringen o anulan la autonomía sexual de la víctima.

En este caso, se comprobó que, desde el momento en que el agresor privó de libertad a Linda Loaiza hasta su rescate, había ejercido un control total sobre sus movimientos y su autonomía. En particular, quedó establecido que la mantuvo amarrada o esposada y encerrada en los diversos lugares a los que la trasladaba. En el momento del rescate, policías y bomberos debieron escalar hasta el apartamento y pedir la llave al dueño para ingresar. Encontraron esposas en el lugar. Se verificó que el agresor la amenazaba constantemente y que hacía comentarios en que remarcaba el poder que ejercía sobre ella tanto por su posición social como política. El ejercicio de dominio implicó no solo el control sobre los movimientos de la víctima, sino también sobre cada aspecto de su vida, incluida su alimentación, traslado al baño por necesidades fisiológicas y sexualidad, lo que la condujo a un estado de indefensión absoluto.

Asimismo, el ejercicio de una violencia extrema y, en particular, de actos de violencia sexual de forma reiterada denotaba un especial ensañamiento del agresor, que provocó la anulación de la autonomía de la víctima. La violencia sexual abarcó agresiones físicas, verbales y psicológicas dirigidas a las características sexuales de Linda Loaiza, tales como obligarla a que estuviera desnuda o quemar sus pezones, así como actos de grave humillación dirigidos a que mirara pornografía y recreara las escenas junto con el agresor. Confluían los dos elementos expuestos, pues el agresor no solo había ejercido los atributos del derecho de propiedad sobre Linda Loaiza, sino que ejecutó actos de violencia sexual.

De acuerdo a lo expuesto, resulta necesario visibilizar el carácter “sexual” de la esclavitud ejercida en este caso, y reconocer esta modalidad más específica que afecta desproporcionadamente al género femenino, pues exacerba las relaciones de

subordinación y dominación históricas entre hombres y mujeres. Por eso, la Corte determinó que constituye una manifestación de la discriminación contra la mujer, en contravención de la protección estricta que opera en virtud del art. 1.1 de la Convención Americana por motivos de sexo y género.

En conclusión, el Estado es responsable porque, en razón de su grosera omisión, posibilitó la esclavitud sexual de Linda Loaiza López Soto, en violación del art. 6.1 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22.

Asimismo, a la luz del art. 5.2 de la Convención Americana y de conformidad con su jurisprudencia, existe un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato es intencional, causa severos sufrimientos físicos o mentales y se comete con cualquier fin o propósito. Quedó demostrada la gravedad e intensidad de los malos tratos físicos, verbales, psicológicos y sexuales sufridos por Linda Loaiza, los que fueron perpetrados de forma intencional y sostenida en el tiempo durante casi cuatro meses, cuando ella se encontraba en un estado de total indefensión y bajo el dominio de su agresor. Asimismo, quedó establecido que fue sometida a reiteradas violaciones sexuales, una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias, causa gran daño físico y psicológico y humilla física y emocionalmente a la víctima. Al respecto, el sufrimiento severo es inherente a la violación sexual. En este caso, se vio acompañado, además, por lesiones corporales graves y enfermedades físicas. La víctima también declaró que su agresor le mostró fotos de otras mujeres a quienes les habría hecho lo mismo, lo cual constituyó una amenaza de gran impacto psicológico.

Por otra parte, el propósito del agresor era intimidarla, anular su personalidad y subyugarla. En esta línea, se destacó el rol trascendental que ocupa la discriminación al analizar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y su adecuación a la figura de la tortura y los malos tratos desde una perspectiva de género. Por ende, se concluyó que Linda Loaiza fue sometida a actos de tortura física, sexual y psicológica, de conformidad con los tres elementos señalados y en los términos del art. 5.2 de la Convención Americana.

Como estos actos no fueron cometidos directamente por un funcionario público, su calificación como tortura fue objetada por el Estado. Sin embargo, la definición adoptada por la Corte Interamericana se refiere solo a tres elementos, que fueron satisfechos en este caso. En efecto, en razón de que la Convención Americana no precisa lo que debe entenderse como “tortura”, la Corte interpretó sus elementos constitutivos a partir tanto del art. 2 de la CIPST como de otras definiciones contenidas en los instrumentos internacionales. En este sentido, la tortura no se encuentra circunscripta únicamente a su comisión por parte de funcionarios públicos ni a que la responsabilidad estatal solo pueda generarse por acción directa de estos, sino que prevé también instancias de instigación, consentimiento, aquiescencia y falta de actuación cuando pudieran impedir esos actos.

Además, en el contexto de la interpretación del art. 5.2 de la Convención Americana, la Corte entendió que tanto la interpretación sistemática como la evolutiva juegan un rol crucial para mantener el efecto útil de la prohibición de la tortura. Esto coincide con las reglas generales de interpretación establecidas en el art. 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados. En el marco del método sistemático, la Corte estimó necesario considerar otros instrumentos interamericanos, como la Convención de Belém do Pará. La violencia contra la mujer puede, en ciertos casos, constituir tortura y abarca también la esfera privada. Por lo tanto, de acuerdo con los postulados de la Convención de Belém do Pará, actos intencionales que acarreen a la mujer sufrimientos graves de carácter físico, sexual o psicológico cometidos por un particular pueden configurar actos de tortura y merecen un reproche adecuado a su gravedad para ser erradicados.

En síntesis, a partir del marco normativo de la Convención de Belém do Pará, los actos de violencia contra la mujer perpetrados por particulares, cuando son cometidos con la tolerancia o aquiescencia estatal, que no los previno de forma deliberada, pueden interpretarse como tortura.

La Corte aceptó el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, por lo que Venezuela incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, así como del deber de investigar actos de violencia contra la mujer. Las omisiones y prácticas inadecuadas, así como los retardos injustificados, condujeron a que se materializara el incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia en un plazo razonable, así como los derechos a las garantías judiciales, protección judicial, integridad personal, vida privada e igualdad y no discriminación, en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, ya que Linda Loaiza López Soto no contó con un acceso a la justicia en condiciones de igualdad. En efecto, existió un retardo injustificado y reiteradas dilaciones en la sustanciación del proceso. Además, se advirtieron diversas irregularidades en las diligencias iniciales de investigación. Se interpusieron denuncias por irregularidades en la sustanciación del proceso judicial, concretamente, como consecuencia de las dilaciones por la inhibición de jueces, el retardo en la fijación de la audiencia de debate y la suspensión injustificada de audiencias (una fue desestimada y no se conoce el resultado de las demás).

La Corte centró su análisis en: 1) el desarrollo de los componentes del derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad para mujeres víctimas de violencia; 2) la falta de marco legal especializado e inexistencia de reglas orientadoras para los operadores; 3) el marco normativo en materia penal que establecía un trato desigual no justificado; 4) visibilizar, reconocer y rechazar los estereotipos de género perjudiciales durante la investigación y el juzgamiento de este caso; 5) los aspectos que condujeron a la revictimización de Linda Loaiza López Soto a raíz del trato inadecuado a su condición de víctima de violencia contra la mujer por parte de las autoridades y 6) la falta de medidas adecuadas de protección e investigación de las amenazas y hostigamientos hacia Linda Loaiza, sus familiares y su abogado.

En materia de violencia contra la mujer, ciertos obstáculos y restricciones que deben enfrentar las mujeres al momento de recurrir ante las autoridades estatales impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, la falta de formación y de conocimiento en materia de género de los operadores estatales de las instituciones relacionadas con la investigación y administración de justicia, y la vigencia de estereotipos que restan credibilidad a las declaraciones de las víctimas, constituyen factores fundamentales que, junto

con los altos índices de impunidad en casos de esta naturaleza, conducen a que las mujeres decidan no denunciar hechos de violencia o no proseguir con las causas iniciadas. Asimismo, tampoco existe acceso a un asesoramiento letrado de calidad y a servicios capaces de brindar asistencia social y de acogida a las víctimas, ni el Estado adopta medidas de protección inmediata. Entonces, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal de proteger a las mujeres víctimas de violencia, de modo tal de garantizar el acceso efectivo a los servicios de justicia y de salud. Entre las medidas apropiadas se encuentran: facilitar entornos seguros y accesibles para que las víctimas puedan denunciar los hechos de violencia; contar con un sistema de medidas de protección inmediatas para resguardar su integridad; brindarles acceso a asistencia jurídica gratuita durante todas las etapas del proceso; facilitarles atención médica y psicológica; implementar mecanismos de acompañamiento social y material a corto y mediano plazo.

Si bien durante la época de los hechos se encontraba vigente en Venezuela una ley especial acerca de la violencia intrafamiliar que establecía la intervención de órganos especializados (tanto en la recepción de denuncias como en la investigación y enjuiciamiento), que debían estar conformados por personal capacitado en la materia, el Estado no contaba con un protocolo que guiara la investigación de violencia sexual, ni con instrumentos similares que contuvieran reglas para el abordaje integral de casos de mujeres víctimas de violencia. El Código Penal venezolano vigente en ese momento era altamente discriminatorio contra la mujer. En particular, respecto de la tipificación de los delitos sexuales, estaban contenidos en un capítulo que no protegía de forma individual bienes jurídicos esenciales de la persona, sino aspectos colectivos como la moral y las buenas costumbres.

Debido a la falta de un marco normativo especializado y la actuación de las autoridades estatales de seguridad, investigativas, forenses y a cargo de impartir justicia en el caso concreto, el Estado de Venezuela no había actuado con la debida diligencia reforzada requerida en las investigaciones y proceso penal por la violencia contra la mujer y actos de tortura sufridos por Linda Loaiza López Soto. Por otra parte, se verificaron graves omisiones e irregularidades en la recolección de prueba en las etapas iniciales de la investigación. A pesar de que esas irregularidades fueron puestas en conocimiento de las autoridades, la investigación no prosperó. Asimismo, la existencia de un marco normativo discriminatorio facilitó su revictimización y el uso de estereotipos en la valoración de sus declaraciones y el juzgamiento de su caso. La tipificación inadecuada del delito de tortura llevó a que fuera desestimado y se configurara un tipo penal menos gravoso en el reproche. Además, los procesos ante los tribunales venezolanos no fueron desarrollados en un plazo razonable.

Por último, se constató la falta de adecuación y efectividad de las medidas de protección e investigación de las amenazas y hostigamientos hacia Linda Loaiza López Soto, sus familiares y abogado. Esto supuso una violación de los derechos a la integridad personal, prohibición de la tortura, garantías judiciales, dignidad, autonomía y vida privada, igualdad ante la ley y protección judicial, reconocidos en los arts. 5.1, 5.2, 8.1, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con

las obligaciones contenidas en los arts. 1.1 y 2 de dicho instrumento, el art. 7 de la Convención de Belém do Pará y los arts. 1, 6 y 8 de la CIPST.

Finalmente, en atención al reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado y a fin de dimensionar las afectaciones verificadas, la Corte notó que los familiares de Linda Loaiza vieron su integridad personal afectada de forma significativa a raíz de la incertidumbre sostenida sobre su paradero durante casi cuatro meses y los hechos sucedidos con posterioridad a su rescate, así como a consecuencia del proceso judicial. Estas situaciones les han generado secuelas a nivel personal, de salud física y emocional, y una alteración irreversible de sus proyectos de vida; la ruptura total de la dinámica familiar, de especial gravedad porque la mayoría de los hermanos eran menores de edad al momento de los hechos; afectaciones severas en el plano económico y precarización de los recursos disponibles; sentimientos de temor e indefensión ante las amenazas y actos de hostigamiento sufridos y afectaciones en el plano individual y social exteriorizadas como angustia, impotencia y desprotección.

Se concluyó que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de los familiares de Linda Loaiza López Soto.

3. Reparaciones:

La sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. Se ordenó a Venezuela: 1) dentro de un plazo razonable, continuar eficazmente la sustanciación del proceso penal en curso en el ámbito interno y, en su caso, sancionar a los responsables por los hechos de tortura y violencia sexual en perjuicio de Linda Loaiza López Soto; 2) dentro de un plazo razonable, llevar a cabo todas las investigaciones que sean necesarias para identificar, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables de los actos de hostigamiento, ataques y amenazas oportunamente denunciados por las víctimas y su abogado; 3) de forma inmediata, adoptar todas las medidas necesarias para que las víctimas y sus representantes legales cuenten con las debidas garantías de seguridad durante la sustanciación de las investigaciones y procesos judiciales ordenados anteriormente; 4) dentro de un plazo razonable, determinar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, las eventuales responsabilidades de los funcionarios que no investigaron desde un primer momento lo sucedido a López Soto, así como también de aquellos responsables por las irregularidades y las dilaciones injustificadas durante la investigación y sustanciación de los procesos judiciales y, en la medida que corresponda, aplicar las consecuencias que la ley pudiera prever; 5) brindar gratuitamente, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, tratamiento médico y psicológico y/o psiquiátrico a Linda Loaiza López Soto y a sus familiares declarados beneficiarios en la sentencia, lo que deberá ser realizado por los profesionales de preferencia de ellos en Venezuela; 6) pagar a Diana Carolina López Soto las sumas establecidas para sufragar los gastos de tratamiento médico y psicológico y/o psiquiátrico, así como los gastos necesarios para la conclusión de su formación profesional en el país de su residencia; 7) a través de instituciones especializadas en la materia, realizar una evaluación integral a Emmanuel Adrián López Soto, a fin de brindarle el tratamiento médico y educativo adecuado, de forma inmediata y gratuita, con el fin de desarrollar sus habilidades

lingüísticas, psicomotrices y cognitivas; 8) realizar las publicaciones indicadas en la sentencia; 9) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en Venezuela; 10) otorgar a favor de Linda Loaiza López Soto una beca de estudios para poder concluir con su formación profesional en una universidad local o extranjera en la que sea admitida; 11) otorgar una beca en una institución pública venezolana de su elección en beneficio de Ana Secilia, Anyi Karina, Nelson Enrique, Elith Johana, Yusmely del Valle, Luz Paulina y José Isidro, todos ellos de apellido López Soto, para realizar estudios superiores técnicos o universitarios o para capacitarse en un oficio; 12) dictar el reglamento correspondiente de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; 13) poner en funcionamiento adecuadamente los tribunales de violencia contra la mujer en cada capital de estado; 14) adoptar, implementar y fiscalizar protocolos para la investigación y atención integral de mujeres víctimas de violencia; 15) adoptar e implementar las capacitaciones y los cursos, de carácter permanente y obligatorio, ordenados en la sentencia; 16) incorporar al currículo del Sistema Educativo Nacional, en todos los niveles y modalidades educativas, un programa de educación permanente bajo el nombre “Linda Loaiza”; 17) implementar de forma inmediata, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las mujeres en todo el territorio nacional; 18) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, así como por el reintegro de costas y gastos, y 19) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la suma erogada durante la tramitación de este caso.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *López Soto y otros c. Venezuela* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 26-9-2018, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf.



ÍNDICES

investigaciones

POR PAÍSES

ALEMANIA: 152.

BÉLGICA: 22, 59, 66, 67, 134, 136, 148.

BOLIVIA: 160.

BRASIL: 12, 29, 31, 68, 74, 112, 124, 169.

CANADÁ: 13, 174.

COLOMBIA: 37, 43, 51, 154, 180.

COREA DEL SUR: 117.

ESTADOS UNIDOS: 19, 56, 60, 132, 137.

ESPAÑA: 121, 141, 149, 170.

FRANCIA: 177.

INDIA: 126.

IRLANDA: 131.

ITALIA: 129.

MÉXICO: 32, 69.

NORUEGA: 63, 187.

REPÚBLICA DOMINICANA: 113.

SUDÁFRICA: 139.

TURQUÍA: 17, 62, 116.

POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 24, 49, 77, 78, 83, 85, 89, 109.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: 190, 192.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: 28.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 91, 94, 96, 98, 101, 102.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA: 80, 81, 104, 106, 108.

TEMÁTICO

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 17, 28.

Discriminación en el goce de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales: 17.

Discriminación racial: 17.

DERECHO A LA IGUALDAD: 11, 61.

Derecho de huelga: 61.

Discriminación con base en la orientación sexual: 11.

Discriminación con base en la identidad de género: 11.

Homofobia y transfobia: 11.

Omisión inconstitucional del congreso: 11.

Profesiones excluidas del derecho de huelga: 61.

Racismo: 11.

DERECHO A LA INFORMACIÓN: 19, 32.

Acceso: 32.

Derecho a la seguridad personal: 32.

Protección de datos personales: 32.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 66, 67.

Demanda de filiación: 66.

Discriminación hacia la mujer: 67.

Doble apellido: 67.

Libertad de elección del apellido: 67.

Objeción de la presunción de paternidad: 66.

Plazo de prescripción: 66.

DERECHO A LA IGUALDAD: 67, 68, 74, 121, 148, 160.

Derecho de huelga: 74.

Derechos políticos: 160.

Dignidad de la persona: 148.

Discriminación hacia la mujer: 67.

Discriminación salarial a las mujeres: 121.

Discriminación salarial por razón de sexo: 121.

Libertad de elección del apellido: 67.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 13, 117, 180.

Cámaras ocultas: 13.

Expectativa razonable de privacidad: 13.

Hackeo de la información personal de usuarios de servicios de información y comunicaciones: 117.

Integridad sexual: 13.

Medidas de carácter paternalista: 180.

Menores, autonomía personal: 180.

Menores, capacidad: 180.
 Menores, consentimiento: 180.
 Menores, derecho a ser escuchado: 180.
 Voyerismo: 13.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 17, 19, 22, 116, 148.

Derecho a difundir las ideas: 116.
 Injerencia del Estado en el contenido del discurso: 19.
 Interés general del Estado: 19.
 Interés público: 17.
 Intromisión en el derecho a opinar libremente sobre los sexos: 148.
 Libertad de asociación: 22.
 Límites: 19.
 Principio de igualdad: 22.
 Principio de no discriminación: 22.
 Seguridad jurídica: 22.

DERECHO A LA LIBERTAD DE PRENSA: 17.

Interés público: 17.
 Seguridad nacional: 17.
 Terrorismo: 17.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: 17, 24, 192.

Derecho a la circulación y a la residencia: 192.
 Derecho a la igualdad ante la ley: 192.
 Derecho a la no discriminación: 192.
 Derecho a la protección judicial: 192.
 Derecho a las garantías judiciales: 192.
 Derecho a ser informado de los motivos de detención: 24.
 Derecho a un pronunciamiento en breve plazo sobre la legalidad de la detención: 24.
 Derecho a la reparación: 24.
 Derecho a un proceso equitativo: 24.
 Derechos a la dignidad, a la autonomía y a la vida privada: 192.
 Obligación de debida diligencia: 192.
 Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes: 192.
 Prohibición de la esclavitud: 192.
 Violencia de género: 192.

DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: 28.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: 28.
 Discriminación en el goce de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales: 28.
 Discriminación racial: 28.
 Medidas provisionales: 28.

DERECHO A LA SALUD: 19, 28, 29, 31, 51, 169, 180, 187.

- Aborto: 19, 169.
- Colocación de DIU: 187.
- Derecho a la autonomía: 169.
- Derecho a la integridad física y psíquica: 169.
- Derecho a la protección integral: 29.
- Derecho a la salubridad: 51.
- Derecho al ambiente sano: 51.
- Derecho al respeto a la integridad física y moral: 29.
- Derechos reproductivos: 169.
- Derechos sexuales: 169.
- Discriminación en el goce de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales: 17.
- Discriminación racial: 17.
- Enfermos terminales: 31.
- Libertad reproductiva: 19.
- Menores: 29, 180.
- Medidas de carácter paternalista: 180.
- Menores, autonomía personal: 180.
- Menores, capacidad: 180.
- Menores, consentimiento: 180.
- Menores, derecho a ser escuchado: 180.
- Salud pública: 31.
- Obligación del Estado de supervisión y fiscalización: 31.
- Objeción de conciencia: 187.
- Principio de igualdad: 169.
- Principio de proporcionalidad: 169.
- Prisión preventiva de mujeres embarazadas: 29.
- Procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad: prohibición: 180.
- Separación de poderes: 31.

DERECHO A LA SEGURIDAD: 17, 24.

- Derecho a ser informado de los motivos de detención: 24.
- Principio de legalidad: 17.
- Principio de proporcionalidad: 17.
- Seguridad personal: 17.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 113.

DERECHO A LA VIDA: 31, 190.

- Responsabilidad internacional del Estado: 190.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA: 32, 139.

- Cannabis: consumo, posesión, manufactura y venta: 139.
- Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas: 32.

DERECHO ADMINISTRATIVO: 56.

- Discrecionalidad de los organismos reguladores: 56.
- Control judicial: 56.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 37, 51, 113, 134, 136, 174, 190.

- Acción de tutela contra providencias judiciales: 37.
- Acción de tutela para la protección del derecho al debido proceso administrativo: 51.
- Consulta popular: 37.
- Control judicial efectivo: 136.
- Deber de motivación de las decisiones judiciales: 113.
- Defecto por desconocimiento del precedente judicial: 37.
- Derecho a un proceso justo: 134, 136.
- Espectáculo taurino: 37.
- Facultad de los fiscales para celebrar acuerdos extrajudiciales: 136.
- Responsabilidad internacional del Estado: 190.
- Unificación de jurisprudencia: 37.
- Validez de la prueba: 174.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: 43, 180.

- Cambio de nombre: 43.
- Derecho de la persona menor de edad a modificar el registro civil: 43.
- Medidas de carácter paternalista: 180.
- Menores, autonomía personal: 180.
- Menores, capacidad: 180.
- Menores, consentimiento: 180.
- Menores, derecho a ser escuchado: 180.
- Modificación del registro civil por cambio de sexo de personas transgénero: 43.
- Procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad: prohibición: 180.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA: 66, 117

- Hackeo de la información personal de usuarios de servicios de información y comunicaciones: 117.

DERECHO AMBIENTAL: 51, 56,

- Control ambiental: 51.
- Derecho al ambiente sano: 51.
- Derecho de la población afectada por un relleno sanitario: 51
- Justicia ambiental: 51.
- Normas ambientales: 56.
- Órganos de aplicación: 56.
- Relleno sanitario: 51.

DERECHO COMERCIAL: 59, 60.

- Acreeador insider no estatutario: 60.
- Cramdown: 60.
- Derecho a la libertad de empresa y de comercio: 59.

Derecho a la libre competencia: 59.

Homologación judicial: 60.

Interés legítimo: 59.

Propuesta de acuerdo: 60.

Quiebra: 60.

Recurso de anulación: 59.

DERECHO CONSTITUCIONAL: 62, 113, 124.

Control de constitucionalidad: 62, 124.

Control judicial de decretos leyes sancionados durante estado de emergencia: 62.

Estado de emergencia: 62.

Especial trascendencia constitucional: 113.

DERECHO DE DEFENSA: 113, 137.

Autonomía del imputado: 137.

Derecho a una asistencia letrada eficaz: 137.

Derecho al debido proceso: 113.

Omisión de notificación: 113.

DERECHO DE FAMILIA: 63, 66, 67, 68, 69.

Adopción forzosa: 63.

Demanda de filiación: 66.

Discriminación: 68.

Discriminación hacia la mujer: 67.

Doble apellido: 67.

Guarda y custodia de los hijos menores: 69.

Interés superior del menor: 69.

Interés superior del niño: 63.

Libertad de elección del apellido: 67.

Matrimonio y unión estable: 68.

Objeción de la presunción de paternidad: 66.

Padres de acogida: 63.

Perspectiva de género: 69.

Sucesión: 68.

DERECHO DE LOS ANIMALES: 112.

Crueldad intrínseca: 112.

Maltrato animal: 112.

Práctica cultural: 112.

DERECHO DE PROPIEDAD: 113.

DERECHO DEL TRABAJO: 74, 121, 124, 126, 129, 187.

Alcance del derecho de huelga: 74.

Constitucionalidad del derecho de huelga: 74.

Derecho de huelga: 124.

Derecho de huelga, control de constitucionalidad: 124.
 Derecho de huelga, descuentos salariales: 124.
 Derecho de huelga, empleados públicos: 124.
 Derecho de huelga, profesiones excluidas: 74.
 Discriminación salarial a las mujeres: 121.
 Discriminación salarial por razón de sexo: 121.
 Ejercicio ilegal de la abogacía por parte de ciudadanos extranjeros: 126.
 Indemnización: 187.
 Licencias: 129.
 Libertad de pensamiento, conciencia y religión: 187.
 Objeción de conciencia: 187.
 Protección de la maternidad y de las personas discapacitadas: 129.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: 131.

Deportación: 131.
 Derecho de asilo: 131.
 Inmigrantes: 131.

DERECHO PENAL: 29, 132, 134, 137, 139, 141, 148, 149, 169, 177.

Acuerdo de admisión de culpabilidad: 132.
 Alevosía: 141.
 Cannabis: consumo, posesión, manufactura y venta: 139.
 Condena por asesinato en grado de tentativa con el agravante de parentesco: 141.
 Criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo: 169.
 Derecho a una asistencia letrada eficaz: 137.
 Estupefacientes: 139.
 Facultad de los fiscales para celebrar acuerdos extrajudiciales: 136.
 Hábeas corpus colectivo: 29.
 Individualización de la pena: 29.
 Instrucción penal de causas contra magistrados: 134.
 Lesiones leves a una mujer agravado por ser perpetrado en presencia de los hijos: 149
 Maltrato habitual en el ámbito familiar: 141.
 Menores: 29.
 Perspectiva de género: 141.
 Planteo de inconstitucionalidad relativo al poder del Estado: 132.
 Previsibilidad de la ley penal: 148.
 Principio de legalidad: 148.
 Principio de legalidad de los delitos y las penas: 177.
 Principios de necesidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas: 177.
 Prisión preventiva de mujeres embarazadas: 29.
 Privación de la patria potestad: 141.
 Privilegio de jurisdicción: 134.
 Prohibición de penas crueles: 29.
 Tipificación del delito de sexismo: 148.

Violencia de género: 149.

Violencia sobre la mujer: 149.

DERECHO PROCESAL PENAL: 152.

Juez de turno: 152.

Juez natural: 152.

Orden judicial o fiscal de allanamiento: 152.

Requisitos constitucionales de los turnos judiciales: 152.

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS: 177.

Inmigración: 177.

Principio de fraternidad: 177.

Residencia irregular: 177.

Salvaguarda del orden público: 177.

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: 117.

Demanda de daños y perjuicios: 117.

Hackeo de la información personal de usuarios de servicios de información y comunicaciones: 117.

Responsabilidad del proveedor: 117.

DERECHOS DEL NIÑO: 131, 154.

Adopción: 154.

Código de la infancia y adolescencia: 154.

Derecho a acceder a los documentos del proceso de adopción, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño: 154.

Derecho a la libertad de información: 154.

Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: 154.

Derecho al cuidado y compañía del padre: 131.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 154.

Derechos del niño por nacer: 131.

Derecho a la vida: 131.

Derechos constitucionales de un potencial ciudadano: 131.

DERECHOS POLÍTICOS: 160, 190.

Derecho a ejercer la función pública: 160.

Derecho a la igualdad: 160.

Discriminación: 160.

Reelección presidencial: 160.

Régimen electoral: 160.

Responsabilidad internacional del Estado: 190.

DIVISIÓN DE PODERES: 136, 170, 174.

Autonomismo: 170.

Circulación y comercio de bienes entre provincias: 174.

Control provincial de aprovisionamiento y consumo: 174.

Conflicto de competencia entre la normativa nacional y la autonómica: 170.

Creación de comisiones parlamentarias: 170.
 Federalismo: 174.
 Principio de la independencia judicial: 136.
 Regulación del alcohol: 174.

PROPIEDAD INTELECTUAL: 116.

Expropiación: 116.
 Imposibilidad de acceso público: 116.
 Obras importantes para la cultura de un país: 116.
 Restricciones: 116.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: 190, 192.

Derecho a la circulación y a la residencia: 192.
 Derecho a la integridad personal de los familiares: 190.
 Derecho a la protección judicial: 190.
 Derecho a la vida: 190.
 Derecho a la igualdad ante la ley: 192.
 Derecho a la integridad personal: 192.
 Derecho a la no discriminación: 192.
 Derecho a la libertad personal: 192.
 Derecho a la protección judicial: 192.
 Derecho a las garantías judiciales: 190, 192.
 Derecho a una investigación diligente: 190.
 Derechos a la dignidad, a la autonomía y a la vida privada: 192.
 Derechos políticos: 190.
 Homicidio de un candidato a diputado: 190.
 Obligación de debida diligencia: 192.
 Plazo razonable: 190.
 Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes: 192.
 Prohibición de la esclavitud: 192.
 Violencia de género: 192.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: 190, 192.

VIOLENCIA DE GÉNERO: 141, 149, 192.

Responsabilidad internacional del Estado: 192.
 Violencia sobre la mujer: 149.
 Perspectiva de género: 141.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: 141, 149.

Lesiones leves a una mujer agravado por ser perpetrado en presencia de los hijos: 149.
 Maltrato habitual en el ámbito familiar: 141.
 Perspectiva de género: 141.
 Privación de la patria potestad: 141.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 77.

- Difamación: 77.
- Interés público legítimo: 77.
- Mala praxis: 77.
- Restricciones necesarias en una sociedad democrática: 78.
- Violaciones a los derechos humanos: 78.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 83, 85, 89.

- Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces: 85.
- Derecho a un juicio justo: 85.
- Derecho a un recurso efectivo: 89.
- Fuerza vinculante y ejecución de las sentencias: 83.
- Falta de comparecencia de un testigo: 83.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 49.

- Instalación de cámaras de vigilancia en lugar público de trabajo: 49.
- Protección de datos personales: 49.
- Satisfacción equitativa: 49.

DERECHO COMERCIAL: 80, 104, 106, 108.

- Cártel: 80.
- Competencia: 80, 91.
- Contratos de crédito celebrados con prestamistas extranjeros: 91.
- Marcas: 106, 108.
- Mercado de productos y accesorios para cuartos de baño: 80.
- Multas: 80.
- Prácticas colusorias: 80.

DERECHO DEL CONSUMIDOR: 81, 94, 96, 101.

- Concepto de “transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo”: 101.
- Contrato de arrendamiento de una aeronave con tripulación (wet lease): 101.
- Contrato de préstamo denominado en divisas extranjeras celebrado entre un profesional y un consumidor: 94.
- Contratos, cláusulas abusivas: 94.
- Elemento esencial de un acto de habilitación: 81.
- Etiquetado de la clase energética de las aspiradoras: 81, 96.
- Exhibición de otros símbolos: 96.
- Falta de indicaciones sobre las circunstancias en que se mide a eficiencia energética: 96.
- Inexistencia de información previa a los consumidores: 98.
- Omisión engañosa: 96.
- Política energética: 81.
- Prácticas comerciales agresivas: 98.
- Prácticas comerciales desleales: 96, 98.
- Servicios de telecomunicaciones: 98.

Suministro no solicitado: 98.

Transporte aéreo: 101.

Venta de tarjetas SIM con ciertos servicios preinstalados y preactivados: 98.

DERECHO DEL TRABAJO: 102.

Despido colectivo: 102.

Discriminación por razón de género: 102.

Protección de la trabajadora embarazada: 102.

DERECHO PENAL: 83, 85, 89.

Condiciones precarias de detención: 89.

Tortura: 89.

Tratos inhumanos o degradantes: 89.

PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: 91, 94, 96, 98, 101, 102.

PROPIEDAD INTELECTUAL: 104, 106, 108.

Anulación del registro de un dibujo comunitario: 104.

Divulgación: 104.

Rechazo del registro de una marca: 106.

Registro de una marca: 108.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: 109.

Satisfacción equitativa: 109.

Reparación pecuniaria a partir de una sentencia condenatoria contra un Estado: 109.

