

investigaciones



1 [2020]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

investigaciones

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dirección General de Bibliotecas

Bibl. María Beatriz Sampedro

Oficina de Referencia Extranjera

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

Colaboradores:

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

Dra. Andrea S. Bartos

Trad. Laureana Cayuso

Lic. Paula M. Frondizi

Lic. Sebastián Galdós

Corr. María Petracchi

Dra. Marisol Rodríguez

Diseño, fotografía de tapa y diagramación de interiores:

DG. Pablo Molina Almirón

Fotografía de contratapa:

Centro de Información Judicial

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

Edición *online*

Talcahuano 550, 7° piso, 7057

CPA C1013AAL, Buenos Aires, Argentina

Teléfono: 4370-4639

Fax: 4373-7501

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

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

investigaciones 1[2020]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz

Vicepresidenta

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

Ministros

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Dr. Horacio Daniel Rosatti

investigaciones 1[2020]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2020. Año XXIV-

Secciones	Páginas
JURISPRUDENCIA	9/234
ÍNDICES	237/249

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

JURISPRUDENCIA

investigaciones

Acción de tutela. Principio de subsidiariedad. Derecho a la libertad religiosa y de cultos. Personas privadas de la libertad. Procedencia para proteger el derecho a la libertad religiosa y de culto. Relación de especial sujeción con el Estado. Protección del goce efectivo de derechos fundamentales. Carencia actual de objeto por hecho sobreviniente. Carencia actual de objeto por hecho superado. (Colombia).

Antecedentes del caso:

1. Expediente T-6488263: William Alexander Pérez Mahecha fue recluso preventivamente en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Yopal-Casanare por la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Al momento de ingresar en el establecimiento le cortaron el pelo, pese a haber explicado a los funcionarios que pertenecía a la comunidad rastafari de Etiopía, África —para quienes las rastas constituyen un símbolo de sumisión y respeto a Jesucristo—. Solicitó la intervención del director de la cárcel, que se rehusó a atender su requerimiento.

Interpuso una acción de amparo en la que invocó sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad religiosa y de cultos, a la honra y a la dignidad humana. Solicitó el amparo de sus garantías básicas, una investigación disciplinaria contra el funcionario que le cortó el pelo y una indemnización del Estado por los perjuicios morales sufridos por la violación de sus derechos religiosos.

El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Yopal-Casanare denegó el amparo. Sostuvo que el hecho no constituía una violación al derecho fundamental de libertad de cultos, como lo establece el reglamento interno del complejo carcelario, sino a una limitación al ejercicio de este y de otros derechos alegados dada su condición de persona privada de la libertad, y a que el establecimiento de reclusión debe propender por la seguridad, la disciplina y el orden de las personas que ingresan a la cárcel y garantizar al máximo la protección de los derechos de todos los internos en igualdad de condiciones. Sobre esta premisa, no se actuó de modo arbitrario ni desproporcionado. Frente a las demás pretensiones del actor, el juzgado señaló que la acción de tutela no era el medio adecuado para ordenar una investigación disciplinaria contra el funcionario que despojó al accionante de sus rastas ni para disponer la indemnización de los perjuicios morales alegados.

2. Expediente T-6507069: Álvaro Andrés Ibarra Herrera, ex miembro de la Fuerza Pública, permanecía a la fecha de la sentencia recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Cóbbita-Boyacá, por haber colaborado junto con otros policías con grupos organizados al margen de la ley. Señaló que desde hacía más de veinte años era devoto del Divino Niño Jesús y que desde su detención no había podido rendirle culto. Con el propósito de continuar profesando su religión, solicitó ante la Dirección del centro de reclusión la tenencia en su celda de un cuadro pequeño con la imagen del Divino Niño Jesús. El pedido fue denegado porque el cuadro no estaba incluido en el listado de objetos permitidos

dentro de las celdas de uso exclusivo. Ibarra Herrera, invocó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad religiosa y de cultos, honra y dignidad humana, y solicitó el amparo de sus garantías superiores y la autorización para colgar el cuadro en su celda y profesar libremente su religión.

El Juzgado 2.º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Distrito Judicial de Tunja-Boyacá denegó el amparo invocado. Sostuvo que no le era viable emitir un pronunciamiento, pues corresponde a la autoridad penitenciaria determinar los elementos permitidos o no en cada celda y, que, por lo tanto, no hay forma de decir si se trata de un asunto constitucional de excepción. Consideró que existen argumentos válidos respecto de la denegación del pedido, por ejemplo, que el penal contaba con espacios destinados a que los internos profesen su culto libremente, con el acompañamiento de capellanes o pastores, y que se garantiza la libertad de cultos, de conciencia y de igualdad al accionante y a toda la comunidad carcelaria. El juzgado agregó que lo que se discutía, en definitiva, era la legalidad de los actos administrativos que prohíben la tenencia de ciertos objetos, una controversia que escapa al conocimiento del juez constitucional y que debe zanjarse en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ibarra Herrera impugnó la sentencia.

En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja-Boyacá confirmó la decisión del *a quo*.

Los referidos expedientes fueron seleccionados para su revisión.

Sentencia: en el Expediente T-6488263 la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia que denegó la acción de tutela presentada por William Alexander Pérez Mahecha. En su lugar, declaró la carencia actual de objeto por el acaecimiento de una situación sobreviniente. Advirtió a la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Yopal-Casanare que, en caso de que a Pérez Mahecha se le revocara la ejecución condicional de la pena concedida, no podrán impedirle dejar crecer sus rastas, independientemente de las medidas del establecimiento, y que deberán garantizarle durante todo el periodo de encierro una dieta vegetariana que atienda los mandatos de la religión rastafari que profesa. También le ordenó la adopción, si aún no lo había hecho, de las medidas que estimara adecuadas, necesarias y suficientes para concientizar a los funcionarios de la guardia penitenciaria sobre la importancia de proteger la expresión religiosa de los reclusos y la necesidad de capacitarlos en los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad reconocidos en la sentencia, así como respecto de la religión rastafari. Denegó las pretensiones de indemnización por perjuicios y también la solicitud de una investigación disciplinaria.

En el Expediente T-6507069 la Corte Constitucional de Colombia revocó las sentencias de primera y segunda instancia que denegaron la acción de tutela presentada por Álvaro Andrés Ibarra Herrera. En su lugar, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, y advirtió que no se le puede quitar o prohibir al accionante la tenencia de la imagen del Divino Niño Jesús sin atender a la razonabilidad de la medida.

1. Las acciones de tutela planteadas cumplen con los requisitos de legitimación activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

Pérez Mahecha e Ibarra Herrera actuaron en defensa de sus derechos e intereses, por lo que se encuentran legitimados como parte activa para intervenir. Por otra parte, los directores de los establecimientos carcelarios —en su condición de jefes de gobierno interno de entidades públicas con funciones que contribuyen a la garantía de los derechos fundamentales objeto de discusión— se encuentran legitimados como parte pasiva en los procesos de tutela.

También se cumplió el requisito de inmediatez de la acción de tutela. En el Expediente T-6488263, porque transcurrieron menos de dos meses entre el hecho generador de la vulneración alegada y la interposición del amparo, y en el Expediente T-6507069, porque transcurrió solo un día entre el último acto que podría considerarse como el generador de la vulneración alegada y la interposición del amparo.

Además, se cumplió con el requisito de subsidiariedad. Los jueces, en ambos procesos, habían denegado las acciones planteadas debido a que los entes carcelarios actuaron en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias. Estimaron que, dado que la controversia recaía sobre la aplicación de las disposiciones previstas por el reglamento interno de los centros de reclusión, que contempla normas y procedimientos de conducta, el asunto escapaba al conocimiento del juez constitucional y debía dirimirse en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Sala estimó que la discusión no podía reducirse a un juicio de legalidad, sobre todo cuando el debate trasciende la esfera constitucional —el respeto por la libertad religiosa y de cultos de unas personas reclusas y la prevalencia del interés general y la seguridad pública—. Los accionantes no atacaron el reglamento carcelario, sino que cuestionaron la específica aplicación e interpretación irrestricta en su caso personal, esto es, el impacto que tuvieron algunas de las disposiciones reglamentarias sobre el respeto y ejercicio de sus creencias religiosas más profundas, lo que, en su criterio, constituyó una violación al derecho a la libertad religiosa y de cultos. Dado que se necesita armonizar y ponderar diferentes principios en tensión, debe contarse con la intervención del juez de tutela para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la población reclusa.

Superado el análisis de procedibilidad, se analizó el problema jurídico.

2. La Sala debió determinar si las autoridades penitenciarias accionadas habían vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos de los internos Pérez Mahecha e Ibarra Herrera, por haber aplicado una medida que impacta sobre el ejercicio de sus creencias religiosas con fundamento en competencias infraconstitucionales (legales y reglamentarias) que buscan garantizar la disciplina, la seguridad, el orden público y la salubridad carcelaria.

3. Estos casos evidencian la tensión que existe en relación con restricciones impuestas a la práctica de una religión o culto por parte de una persona privada de la libertad, derivadas de previsiones reglamentarias que buscan garantizar condiciones de interés público. Con relación a la exteriorización de las creencias, se ha dicho que “esta garantía se concreta en acciones y omisiones con proyección social y colectiva, y no puede limitarse a las dimensiones espirituales internas del ser humano sin tener repercusiones reales, pues en tal caso la protección sería inocua”. Para que la

protección sea real y efectiva es necesario comprobar que el comportamiento o la manifestación de fe expresada corresponden a convicciones serias, sólidas, esenciales y fundamentales para la espiritualidad de quien reclama el amparo.

No se trata de que el juez de tutela evalúe si, desde un punto de vista religioso, una acción es buena o mala, sino que debe limitarse “a constatar que la objeción que se formula sea sincera y genuina, esto es, se exprese de manera seria y no como pretexto para obviar la aplicación de una carga social general o de un mandato legítimo”. Solo a partir de tal análisis es posible determinar si la limitación impuesta a la creencia por parte del Estado cumple una finalidad legítima, resulta necesaria, es idónea y proporcional, esto es, si realmente existe una tensión entre los deberes que se imponen en el centro carcelario cuyo objeto es la tutela de intereses jurídicos y la exteriorización del culto que es invocada por un preso.

4.1. Expediente T-6488263, Caso Pérez Mahecha (Religión Rastafari) vs. Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Yopal-Casanare.

De acuerdo con el código de conducta rastafari, el rasta no pasa cuchillo por su cabello. Hubo casos en los que se ha protegido que un abogado pudiera usar rastas en el ejercicio de su profesión ante la Corte por la importancia que tienen para la comunidad rastafari inclusive en el contexto laboral. Además, el rastafarismo promueve una dieta vegetariana. Pérez Mahecha afirmó su respeto a los mandatos fundamentales de su religión, que reflejan el compromiso de seguir los pasos de Jesucristo, y su compromiso con la defensa, preservación y desarrollo del legado tanto intelectual como patrimonial de la cultura y raza africana y rastafari.

Durante la reclusión pretendió conservar sus usos religiosos, por eso antes de ser trasladado al centro penitenciario puso en conocimiento de las autoridades carcelarias su pertenencia a la agrupación de creyentes con el propósito de que fuera respetada su alimentación y su voto de no cortarse el pelo.

4.2. La Corte consideró que las creencias espirituales profesadas por el peticionario eran serias y sinceras. El uso de rastas y la dieta vegetariana constituyen prácticas elementales y sagradas de la experiencia religiosa rastafari, que encuentran soporte en la interpretación que se hace de la Biblia y en el código de conducta que rige a la congregación. Resulta evidente la coherencia entre sus vivencias de fe cuya protección demanda y los mandatos más arraigados de la confesión que practica, lo que demuestra la profundidad, honestidad y el valor de su reclamo religioso, así como la ausencia de un ánimo acomodaticio o estratégico.

Se cumple el primer presupuesto relacionado con el ámbito de protección del derecho a la libertad religiosa y de culto por haberse demostrado que las convicciones del tutelante son genuinas, por lo que deben ser respetadas y aseguradas durante su encierro, salvo que exista una finalidad legítima, necesaria, idónea y proporcional para restringir ese ejercicio. La tensión entre el deber jurídico de garantizar el orden público y la higiene carcelaria y las elecciones de conciencia de una persona amerita un juicio de razonabilidad a la luz de la Constitución.

4.3. Pérez Mahecha alegó no haber podido defenderse ni haber sido respetado en su fe, sus creencias y sus votos. La dirección de la penitenciaría, a su vez, alegó

que el reglamento disciplinario interno prescribe la obligatoriedad de los internos de bañarse y afeitarse diariamente y la prohibición de usar barba o pelo largo por razones de salubridad y de seguridad y para facilitar la identificación de los presos.

Para que la medida resulte razonable y proporcional, debe perseguir un interés constitucionalmente admisible. La prohibición de usar el pelo largo obedece a dos finalidades legítimas: mantener las condiciones de seguridad y procurar la salubridad pública. Se trata de dos objetivos jurídicamente relevantes y reglamentariamente establecidos. Sin embargo, una acción que restrinja los derechos de los reclusos no es constitucional por el solo hecho de que se inscriba en la órbita de competencia de las autoridades públicas. En efecto, resulta inocua si su aplicación concreta no está justificada, esto es, si no se demuestra que hacer una excepción a las normas de higiene, orden y presentación personal puede generar riesgos excesivos o perturbar gravemente el funcionamiento carcelario.

El Establecimiento Penitenciario de Yopal-Casanare nunca se refirió a la idoneidad de la restricción para lograr dichos objetivos estatales, por tanto, no consideró la seriedad de la creencia invocada ni la afectación que su desconocimiento podía producir en los derechos religiosos del interno. Tampoco explicó por qué los intereses jurídicos perseguidos con la medida, aunque legítimos, no podían alcanzarse a través de otros medios menos gravosos para el derecho constitucionalmente protegido de la persona afectada.

En suma, existió una restricción injustificada a la libertad religiosa y de cultos de Pérez Mahecha, pues no se advirtió la necesidad de la intervención estatal en sus creencias más íntimas para garantizar la adecuada seguridad y salubridad carcelaria ni por qué la exoneración del cumplimiento de tales intereses jurídicos podía afectar seriamente el tratamiento penitenciario. Resulta clara la responsabilidad constitucional de la penitenciaría. La medida representó un agravio al conjunto de símbolos de veneración de una religión minoritaria protegida en un orden jurídico que respeta los sentimientos espirituales de todos sus ciudadanos. Las autoridades públicas deben ser especialmente cuidadosas y conscientes de que, en un Estado pluralista, basado en el respeto de los derechos fundamentales, “las acciones que se emprendan no pueden estar exentas de toda consideración sobre el impacto que ellas pueden tener sobre los derechos y libertades fundamentales de sus destinatarios”.

Además, la Corte consideró inadmisibles la burla de los usos religiosos del demandante por parte de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, una actitud que demuestra o bien desconocimiento de la existencia del rastafarismo o una falta de respeto consciente y deliberada de una fe religiosa. Por ello, es necesario que el Estado adopte políticas carcelarias de sensibilización y concientización para que los funcionarios puedan “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” en beneficio de la población privada de la libertad.

4.4. Por otra parte, el establecimiento penitenciario ha reconocido y respetado la dieta vegetariana del peticionario. La penitenciaría ha garantizado a Pérez Mahecha un régimen alimenticio específico. Sin embargo, no lo hizo por respeto a la religión rastafari, sino tras la valoración de un profesional especializado en nutrición. Aunque en este sentido la Corte no consideró vulneradas las garantías fundamentales del

petionario, reiteró que la verdadera protección de la libertad religiosa y de cultos implica la defensa de sus manifestaciones externas y, en este caso, la alimentación vegetariana es una forma de exteriorización de las creencias que profesa el tutelante y que deben ser protegidas en el marco de la relación de sujeción.

4.5. La Sala concluyó que el Establecimiento Penitenciario de Yopal-Casanare vulneró el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos del interno Pérez Mahecha por haber tomado una medida que impactó en el ejercicio de sus creencias religiosas, con fundamento en competencias infraconstitucionales que buscaban garantizar la disciplina, la seguridad, el orden público y la salubridad.

Según la Corte, la decisión debe observar dos circunstancias particulares. En primer lugar, el accionante fue despojado de sus rastas ni bien ingresó al penal, lo que generó una vulneración de sus derechos fundamentales que no puede superarse. Por supuesto, impedirle que dejara crecer nuevamente su pelo habría implicado una violación distinta. Además, la Corte advirtió que a Pérez Mahecha ya le había sido concedida la ejecución condicional al momento de pronunciarse, por lo que se trataba ya de una situación sobreviniente en relación con la solicitud de amparo. Dado que ya no está detenido, pero que podría volver a ser recluso en caso de incumplir con las obligaciones legales que permitieron la concesión de dicho beneficio, se advertirá a la dirección del establecimiento accionado que, en ese supuesto, deberá respetar los derechos reconocidos en la sentencia de la Corte. Particularmente, no podrá anular el deseo religioso del interno de dejar crecer sus rastas y deberá garantizarle durante todo el periodo de encierro una dieta vegetariana que atienda los mandatos de la religión rastafari. En segundo lugar, por décadas la comunidad rastafari fue activamente discriminada, y se la privó del derecho a expresar su identidad y sus creencias. Los rastafaris fueron marginados en todo el Caribe, y se vieron afectados en su dignidad, su libertad, en el respeto a su herencia africana, e incluso en su reconocimiento como seres humanos. A este respecto, la Corte señaló que debe reproducirse y permitirse siempre el ejercicio libre de las prácticas religiosas de los rastafaris, con el fin de prevenir el perjuicio de los derechos fundamentales de quienes profesan una fe históricamente estigmatizada. Por lo tanto, se le ordenó a la dirección de la cárcel de Yopal adoptar las medidas adecuadas, necesarias y suficientes a fin de concientizar a sus funcionarios sobre la importancia de proteger la expresión religiosa de los internos y capacitarlos en los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad reconocidos en la sentencia, así como sobre la religión rastafari, dado el desconocimiento de los funcionarios del penal.

En cuanto a las pretensiones del accionante relativas a recibir una indemnización por los perjuicios morales causados y el pedido de inicio de una investigación disciplinaria contra el funcionario que le cortó el pelo, la Sala consideró que las peticiones, en principio, escapaban a la naturaleza misma de la acción de tutela, cuya finalidad principal es la protección de garantías fundamentales. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la que debe resolver los reclamos económicos derivados de la presunta acción u omisión del Estado, por lo que el reclamo no prosperó. Por su parte, es al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

(INPEC) al que le compete realizar las investigaciones disciplinarias de rigor contra sus funcionarios. Por estas razones, la petición fue denegada.

5.1. Expediente T-6507069, Caso Álvaro Andrés Ibarra Herrera (Religión Católica) c. Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita-Boyacá.

Ibarra Herrera manifestó ser devoto del Divino Niño Jesús y tener la costumbre de rezar diariamente la novena al Divino Niño Jesús frente a la imagen de un niño con los brazos abiertos que representa la infancia de Jesucristo. Manifestó que la imagen lo ha acompañado en los diversos ámbitos en los que se ha desempeñado. Su devoción y adoración por el Divino Niño Jesús constituyen una creencia esencial y profunda para la vivencia de su religión católica. Además, la exteriorización de su fe mediante la veneración a la figura sagrada forma parte de los dogmas que rigen la confesión a la que pertenece.

Ibarra Herrera fue recluido en el Establecimiento Carcelario de alta seguridad El Barne y solicitó el ingreso y la tenencia en su celda de un cuadro pequeño con la imagen del Divino Niño Jesús. La penitenciaría denegó la petición con el argumento de que, conforme el reglamento de régimen interno, los objetos de este tipo están expresamente prohibidos en tanto alteran las condiciones de seguridad y orden público. No obstante, aclaró que el ejercicio de la libertad de cultos se encontraba protegido mediante el servicio semanal de capellanes y pastores de las diferentes confesiones.

5.2. La Corte reiteró en este caso que una medida restrictiva de garantías superiores debe perseguir un interés constitucionalmente legítimo, guardar una relación razonable de adecuación entre el medio usado y el objetivo estatal perseguido y, finalmente, debe restringir el derecho protegido de la manera menos gravosa posible. Solo así se garantiza que las decisiones de la administración penitenciaria y carcelaria no sean arbitrarias y respeten los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Además, las autoridades carcelarias no están eximidas de su deber de justificar las restricciones a las libertades que apliquen y, por ende, su idoneidad y necesidad en el caso concreto.

En este caso no se apreciaron mayores argumentos por parte de la administración del penal; la accionada se limitó a enunciar que el ejercicio externo de la creencia del peticionario alteraba el orden y la disciplina en el centro penitenciario. Sin embargo, no adujo las razones precisas por las que resultaba necesario prohibir el ingreso y la tenencia de un cuadro con la imagen del Divino Niño Jesús en la celda de Ibarra Herrera. No mencionó algún fundamento sólido para autorizar la limitación del derecho a la libertad religiosa del accionante, en especial dado que el elemento prohibido no resultaba en sí mismo peligroso. No bastaba la sola afirmación de las directivas de la prisión, sino que se debía haber demostrado que el objeto representaba un factor real de amenaza para la seguridad del establecimiento.

El deber de motivación resultaba aún más relevante dada la categorización del penal y la conducta ejemplar de Ibarra Herrera, que colabora en la resocialización de sus compañeros como monitor de enseñanza. Las circunstancias obligaban a considerar medidas alternativas para asegurar la manifestación espiritual del actor

en defensa de la pluralidad religiosa, sin perjudicar el orden general requerido en un establecimiento de reclusión. Tales consideraciones no fueron atendidas y, por ende, existió una restricción desmedida al goce del derecho fundamental.

El reglamento general del INPEC, cuyo contenido determina e impacta sobre los regímenes internos de los distintos centros carcelarios nacionales, contiene una visión amplia de reconocimiento pleno a la dignidad humana, al tratamiento igualitario libre de discriminaciones y a la incorporación de enfoques diferenciales que aceptan la realidad de poblaciones con características y necesidades particulares. Para transformar este mandato en regla jurídica, se agregaron disposiciones tendentes a permitir elementos de uso diario en las cárceles, y que deben armonizarse con el resto del articulado. El establecimiento no realizó una interpretación respetuosa de la diferencia, que constituye un principio rector para las autoridades penitenciarias y, por ende, se vulneró arbitrariamente la libertad religiosa y de cultos de Ibarra Herrera.

5.3. La Sala concluyó que el establecimiento penitenciario de alta y mediana seguridad y carcelario con alta seguridad de Cómbita-Boyacá vulneró el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos del interno Ibarra Herrera por haber tomado una medida que impactó, arbitrariamente en el ejercicio externo de sus creencias religiosas, esenciales para la confesión que profesa en virtud del cumplimiento de una facultad legal que propende por un fin (seguridad y orden) que, si bien es legítimo, podría haberse conseguido a través de medios menos gravosos para la garantía superior en conflicto.

5.4. Tras haber interpuesto la tutela, la subdirectora del penal autorizó la tenencia del cuadro en la celda de Ibarra Herrera. Por lo tanto, se produjo la satisfacción espontánea de los derechos invocados. Sin embargo, ello no exime de responsabilidad constitucional a la autoridad pública involucrada en la vulneración constatada, que con su actuación desconoció las reglas de protección en la materia, relacionadas con la salvaguarda de la identidad religiosa de las personas con restricciones en su libertad.

Con el fin de prevenir hechos que vulneren el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos, la Corte advirtió al ente carcelario accionado que no podrá quitarle o prohibirle al accionante la tenencia de la imagen del Divino Niño Jesús sin que se cumpla con la carga de razonabilidad que debe contener la decisión.

6. En conclusión, la libre expresión religiosa y de cultos es una libertad pública fundamental, inseparable de la dignidad humana, que es importante proteger para preservar la autonomía y la espiritualidad de las personas. El Estado no puede ser indiferente a las necesidades y sentimientos religiosos de los ciudadanos, sean cuales sean, y, particularmente, de los individuos privados de la libertad. Entre otras razones, por el reconocimiento del pluralismo en que se funda el sistema democrático y por la potencial incidencia que la creencia puede tener en el tratamiento penitenciario y en el proceso de resocialización. Es obligación de las autoridades carcelarias proteger tanto la posibilidad del interno de profesar de manera privada y silenciosa el credo de su preferencia (garantía que resulta intangible y, por consiguiente, exenta de interferencias estatales), así como la expresión pública de su fe.

La libertad de exteriorizar una práctica religiosa, rito, culto o fe determinada está limitada por los derechos ajenos y por las exigencias del justo orden social, esto es, por el conjunto de condiciones públicas de seguridad, salubridad, moralidad y tranquilidad, que no solo hacen posible la convivencia pacífica en las prisiones, sino que permiten el ejercicio eficaz de la autoridad. No obstante, la restricción que se imponga siempre debe responder a los principios constitucionales de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, no pueden ser arbitrarias ni discrecionales, pues la presunción debe estar siempre a favor de la libertad.

Tanto en el caso de Pérez Mahecha como de Ibarra Herrera, la restricción injustificada en el ejercicio de la identidad espiritual de los internos dificulta el proceso de resocialización al que se encuentran sometidos, edificado sobre la idea de desarrollar “todo un cuidadoso sistema que pretende respetar los valores propios de la dignidad humana reconocidos a todos los reclusos, estableciendo garantías que hagan de la experiencia en las cárceles una etapa constructiva y regeneradora del individuo”.

La primera y principal tarea de los establecimientos penitenciarios y carcelarios para lograr la resocialización es infundir en las personas reclusas el respeto por los derechos fundamentales de los demás. Para lograrlo, se requiere que en las cárceles se dé el ejemplo requerido y se haga lo posible por atender y salvaguardar las garantías más básicas, como la libertad religiosa y de cultos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Segunda de Revisión, acciones de tutela presentadas por William Alexander Pérez Mahecha c. la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Yopal -Casanare y por Álvaro Andrés Ibarra Herrera c. la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita, Boyacá (Expedientes Acumulados T-6488263 y T-6507069), sentencia T-363/18, del 3-9-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-363-18.htm>.



Amparo. Acción constitucional. Recurso de revisión constitucional. Especial trascendencia constitucional. (República Dominicana).

Antecedentes del caso: Juan Carlos Jiménez de los Santos interpuso una acción de amparo contra la Policía Nacional, con la finalidad de que se ordenara su reintegro como sargento mayor de la institución. Consideró que la decisión de ordenar su retiro forzoso fue arbitraria.

La Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo, si bien declaró válida la acción constitucional de amparo en cuanto a la forma, la rechazó en cuanto al fondo porque entendió que no se habían violado derechos del accionante.

Jiménez de los Santos interpuso un recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sostuvo que la decisión violaba el derecho al debido proceso garantizado

por la Constitución y las leyes y no resolvía la vulneración del derecho al trabajo. Argumentó que la sentencia violaba las reglas fundamentales del procedimiento en el juicio de amparo por no aplicar el medio de excepción de inconstitucionalidad, omisión que lo dejó indefenso. También violaba el derecho al debido proceso por no dar razones para resolver primero la inadmisión y después la prescripción, como indica el art. 2 de la ley 834/1978. Destacó la especial trascendencia constitucional de la cuestión, lo cual se enmarca en el requisito previsto en el art. 100 de la Ley 137/11. Alegó que la decisión de ordenar su retiro forzoso sin haber cometido ninguna falta y sin cumplir con los requisitos legales violaba sus derechos fundamentales de acuerdo con los arts. 6, 68, 69, 72, 256 de la Constitución y la Ley 96/04 de la Policía Nacional. Por eso, el accionante solicitó la revocación de la sentencia y la admisión de la acción de amparo.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de la República Dominicana admitió en cuanto a la forma el recurso de revisión constitucional en materia de amparo contra la sentencia de la Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo. También acogió el recurso en cuanto al fondo y revocó la sentencia.

A su vez, declaró inadmisibles las acciones de amparo contra la Policía Nacional.

1. El recurso reúne los requisitos de admisibilidad en cuanto a la presentación, el plazo y la especial trascendencia constitucional de la cuestión. El Tribunal Constitucional la había definido la trascendencia constitucional en su sentencia TC/0007/12. Explicó que se configuraba en los casos que contemplaran conflictos sobre derechos fundamentales respecto de los cuales el Tribunal Constitucional no hubiera establecido criterios y en los que propiciaran —por cambios sociales o normativos que incidieran en el contenido de un derecho fundamental— modificaciones de principios anteriormente determinados. Señaló que también se configuraba en los casos que permitieran reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneraran derechos fundamentales y en los que introdujeran un problema jurídico de trascendencia social, política o económica.

El Tribunal Constitucional señaló que el caso era relevante porque le permitiría continuar con el desarrollo jurisprudencial de la naturaleza de la violación derivada del retiro forzoso ordenado por una institución pública, como la Policía Nacional. Otra cuestión trascendente es determinar el punto de partida del plazo para accionar en amparo, previsto en el art. 70.2 de la Ley 137/11.

2. Respecto del fondo, el accionante interpuso una acción de amparo contra la Policía Nacional. El juez que intervino la rechazó por entender que no existió violación al debido proceso, por lo tanto, el accionante interpuso el recurso de revisión constitucional en materia de amparo.

3. Ante el juez del amparo, la Procuraduría General Administrativa había alegado que la acción era inadmisibles porque, cuando se presentó, ya había vencido el plazo legal de sesenta días para hacerlo.

4. Sin embargo, el juez de amparo rechazó ese argumento con base en que Jiménez de los Santos se había “mantenido de manera consistente requiriendo a la

institución policial la revisión de su expediente y consecuentemente su restitución en la posición que ostentaba, situación que configura la figura de las violaciones continuas sentada por el Tribunal Constitucional”. Por esa razón, el juez declaró regular y válida la acción de amparo.

En sus fundamentos el juez explicó que mediante la sentencia TC/0048/12, se había establecido que la violación del derecho era continua. Sin embargo, este criterio fue modificado por la sentencia TC/0184/15, en la que se afirmó que la violación no era continua. El juez señaló que existen los actos lesivos únicos y los actos lesivos continuados. Los actos lesivos únicos tienen su punto de partida desde el inicio del acto, a partir del que se puede establecer la violación; mientras los actos lesivos continuados se inician y continúan con sucesivos actos que van renovando tanto la violación como el cómputo del plazo. Sostuvo que en este caso no se apreciaba una violación de tipo continuo.

5. El Tribunal Constitucional comprobó que no era una violación continua. Por lo tanto, compartió el criterio del juez en cuanto a aplicar el art. 70.2 de la Ley 137/11, que supone declarar inadmisibles la acción por vencimiento del plazo de sesenta días para su presentación.

Se trata de una violación que se concreta en un acto único y no de una violación continua. Ese acto fue el envío de una comunicación oficial el 20 de enero de 2017, emitido por la Dirección General de la Policía Nacional, que ordenó el retiro forzoso de Jiménez de los Santos por mala conducta. Debía determinarse, a partir de esa fecha, si la acción de amparo fue incoada dentro del plazo de sesenta días legalmente previsto.

6. El Tribunal Constitucional constató que el acto que originó la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, es decir, el retiro forzoso del accionante, fue realizado el 20 de febrero de 2017, mientras que la acción de amparo fue interpuesta el 9 de mayo de 2017. Entre ambas fechas transcurrió un plazo mayor de sesenta días.

Por ello, el Tribunal Constitucional admitió el recurso, revocó la sentencia recurrida y declaró inadmisibles la acción de amparo por extemporánea.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por Juan Carlos Jiménez de los Santos c. la sentencia dictada por la Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo el 26/6/2017, sentencia TC/0106/18, del 1-5-2018, en <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15576/tc-0106-18.pdf>.



Amparo. Revisión constitucional. *Habeas data* de carácter personal. (República Dominicana).

Antecedentes del caso: Hospitality Services of Dominican Republic había interpuesto una acción de amparo de cumplimiento a fin de obtener de la Tesorería de la Seguridad Social la entrega del acta de comprobación de infracciones que se atribuían a la empresa y la notificación del acto administrativo que fundamentaba el reclamo del pago de una sanción.

La recurrente solicitó que fuera entregada la siguiente información: a) el acta de comprobación de infracciones realizada por los inspectores del Ministerio de Trabajo, respecto de que la recurrente incumplió el pago de los aportes del sistema de seguridad social; b) la notificación del acto administrativo debidamente motivado, en que la Tesorería fundamentó el reclamo de pago e indicó las vías y plazos para recurrirlo.

La Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo, que intervino en la acción, declaró improcedente la acción de amparo dado que no tenía por objeto el cumplimiento de una ley o acto administrativo, sino que solicitaba información. También resultaba improcedente porque la protección de los derechos del accionante, por tratarse de solicitudes de información, estaban garantizados por el proceso personal de *habeas data*. Por todo ello el amparo fue declarado improcedente sin necesidad de ponderar otro aspecto o reclamo hecho por las partes.

Hospitality Services of Dominican Republic interpuso un recurso de revisión constitucional.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de la República Dominicana admitió en cuanto a la forma el recurso de revisión constitucional del amparo de cumplimiento interpuesto por Hospitality Services of Dominican Republic contra la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo.

Además, acogió parcialmente el recurso en cuanto al fondo y modificó el numeral segundo de lo dispuesto en la sentencia recurrida, para corregir un error material en la cita del art. 108, literal c, de la Ley 137/ 11, y confirmó el resto de la decisión.

1. El Tribunal Constitucional estimó que el presente recurso de revisión constitucional en materia de amparo resultaba admisible, dado que había sido interpuesto en tiempo y forma y porque la cuestión planteada presentaba una especial relevancia constitucional.

2. Hospitality Services of Dominican Republic alegó que la sentencia recurrida había incurrido en desnaturalización de los hechos de la causa, había valorado incorrectamente los elementos de prueba y que su decisión reflejaba una severa contradicción de motivos.

La Tesorería planteó en su escrito de defensa que la recurrente buscó disfrazar su solicitud y añadió nuevos pedidos para inducir al Tribunal Constitucional a modificar la decisión del Tribunal Superior Administrativo.

3. El Tribunal Constitucional tiene la misión de garantizar la supremacía de la constitución, la defensa del orden constitucional, la protección de los derechos fundamentales y los principios rectores que rigen la Ley 137/11 (ley orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales), independientemente de los hechos y derechos invocados por la recurrente; tiene el deber de revisar la sentencia objeto del presente recurso, a fin de establecer si la decisión ha sido estructurada bajo los parámetros establecidos por la Constitución y la ley.

4. En la sentencia recurrida, el tribunal de amparo sostuvo que la protección de los derechos alegados por la recurrente estaba garantizada por el procedimiento de *habeas data* de carácter personal, ya que se trataba de una solicitud de información.

5. El Tribunal Constitucional, tras analizar la actuación del juez de amparo respecto de la valoración de las pruebas y de los argumentos de las partes durante el proceso, consideró que actuó de manera correcta, por haber constatado que la recurrente solicitaba información sobre su propia actividad. Por lo tanto, aplica el art. 108, literal c, de la Ley 137/11, que establece: “No procede el amparo de cumplimiento: a) contra el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Tribunal Superior Electoral, b) contra el Senado o la Cámara de Diputados para exigir la aprobación de una ley, c) para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de *habeas corpus*, el *habeas data* o cualquier otra acción de amparo, d) cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo, e) cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario, f) en los supuestos en los que proceda interponer el proceso de conflicto de competencias, g) cuando no se cumplió con el requisito especial de la reclamación previa previsto por el inc. 4 del presente artículo”.

Por otra parte, la recurrente planteó que la sentencia contenía una contradicción entre las motivaciones de fondo y lo resuelto —en la parte dispositiva mencionaba al art. 104 de la Ley 137/11, y en la fundamentación mencionaba al art. 108, literal c, de la misma ley—. El Tribunal Constitucional analizó las fundamentaciones del fallo y comprobó que aparecen citados ambos artículos, en tanto en la parte resolutive se citó solo a uno de ellos. Concluyó que no mencionar los dos artículos en la parte resolutive se trataba de un error material que ameritaba la modificación de la sentencia, no su revocación. Por ello resolvió corregir la omisión, y agregar el art. 108, literal c, de la Ley 137/11.

En relación con los errores materiales del juez de amparo, el Tribunal Constitucional estableció en su sentencia TC/0402/15 que: “por tales razones, es procedente, por lo cual debe ser rechazado el recurso de revisión constitucional y dicha decisión mantenerse, haciéndose notar, únicamente, el error material que contiene, en el sentido de que cita, en su parte dispositiva, el art. 10 de la Constitución, en vez de su art. 70, que es el que se refiere a la acción de *habeas data*.”

6. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de revisión, y en consecuencia, modificó la sentencia recurrida, en el aspecto antes señalado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Segunda Sala, recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional interpuesto por Hospitality Services of Dominican Republic contra la sentencia 0030-2017-SSEN00131, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo el 2-5-2017, sentencia TC/0104/18, del 1-5-2018, en <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15579/tc-0104-18.pdf>.



Derecho a la confidencialidad y a la protección de los datos personales. Obligación de publicación *online* de datos patrimoniales y sobre la renta de los directivos públicos. Derecho al libre acceso a los datos e informaciones en poder de las administraciones públicas. Principio de proporcionalidad. Lucha contra la corrupción en la administración pública. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal Administrativo de la región del Lacio planteó la inconstitucionalidad del art. 14.1.bis/ter del Decreto Legislativo n.º 33/2013 (Reordenamiento de la normativa atinente al derecho de acceso cívico a las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de las informaciones por parte de las administraciones públicas), por resultar violatorio de los arts. 2, 3, 13 y 117.1 de la Constitución, este último en relación con los arts. 7, 8 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 6.1.c, 7.c/e y 8.1/4 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

El art. 14.1.bis extiende a todos los titulares de cargos directivos de la administración pública la obligación de publicar una serie de datos previstos para los titulares de cargos políticos, a nivel estatal, regional y local.

El tribunal remitente impugnó el artículo en cuanto establece que las administraciones públicas deben publicar las remuneraciones —sea cual fuere su naturaleza— de los directivos, los importes de sus viajes de servicio y misiones pagados con fondos públicos, los datos patrimoniales que surgen de las declaraciones de ganancias y de las certificaciones sobre derechos reales de bienes inmuebles y muebles inscritos en los registros públicos, las acciones societarias y las cuotas de participación en sociedades. Con respecto al art. 14.1.ter, el tribunal remitente impugnó solo la parte en que prevé que las administraciones públicas deben publicar en su sitio web institucional el monto total de las remuneraciones percibidas por cada directivo a cargo de las finanzas públicas.

Sentencia: la Corte Constitucional declaró que el art. 14.1.bis del Decreto Legislativo n.º 33/2013 es inconstitucional, y que el planteo de inconstitucionalidad relativo al art. 14.1.ter es inadmisibile.

En opinión de la Corte, se trata del equilibrio entre dos derechos, a saber, el derecho a la confidencialidad de los datos personales, es decir, el derecho a controlar la circulación de las informaciones referidas a la propia persona, y el derecho de los ciudadanos al libre acceso a los datos e informaciones en poder de las administraciones públicas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias ocasiones afirmó que las exigencias de control democrático no pueden hacer caso omiso del derecho fundamental a la confidencialidad de las personas físicas, y que siempre debe respetarse el principio de proporcionalidad, fundamento de la tutela de los datos personales. Por ello, las excepciones y limitaciones a la protección de los datos personales deben operar dentro de los límites de lo estrictamente necesario y, antes de recurrir a ellas, deben aplicarse medidas que impliquen la menor lesión posible a la confidencialidad de las personas físicas, y que, al mismo tiempo, contribuyan eficazmente a alcanzar los objetivos de transparencia perseguidos.

Según la Corte Constitucional, el punto de equilibrio identificado por el legislador en relación con la cuestión de la publicidad de los datos sobre la renta y el patrimonio de los directivos administrativos debe ser examinado a la luz del art. 3 de la Constitución. Además, debe respetar los principios europeos que exigen a la legislación nacional respetar los criterios de necesidad, proporcionalidad, finalidad, pertinencia y no redundancia en el tratamiento de los datos personales, incluso cuando requiere la obligación de garantizar, hasta un punto tolerable, la publicidad de los datos en poder de la administración pública.

Ahora bien, la norma impugnada no responde a las dos condiciones exigidas por el examen de proporcionalidad, la imposición de cargas no desproporcionadas en relación con los fines perseguidos y la elección de la medida menos restrictiva de los derechos en juego. Por ello, la imposición indiscriminada a todos los titulares de cargos directivos de publicar una declaración de este tipo viola el art. 3 de la Constitución, en primer lugar, con respecto a la razonabilidad intrínseca. El gravamen de la publicación resulta desproporcionado en relación con la finalidad principal perseguida, es decir, la lucha contra la corrupción en el ámbito de la administración pública.

En el caso, a la indiscutible disminución de la tutela del derecho a la protección de los datos personales, no le corresponde, en principio, un incremento análogo de la tutela del derecho de los ciudadanos a ser informados correctamente, o del interés público por la prevención y la represión de los fenómenos de corrupción. Por el contrario, la autoridad encargada de la lucha contra la corrupción señala, al igual que la autoridad encargada de la tutela de los datos personales, que el riesgo que se corre es generar una “opacidad por confusión” debido a la irrazonable falta de selección de las informaciones más idóneas para la persecución de los objetivos perseguidos legítimamente.

Son justamente las peculiares modalidades de publicación impuestas por el Decreto Legislativo n.º 33/2013 las que agravan el carácter, de por sí desproporcionado, de la exigencia de que la totalidad de los directivos publiquen los datos en cuestión.

La indexación y la libertad para rastrear los datos personales publicados en la web, no resulta coherente con la finalidad de favorecer un conocimiento correcto

de la conducta de los directivos públicos y de las modalidades de usufructo de los recursos públicos. Por el contrario, tales formas de publicidad corren el riesgo de permitir la localización “casual” de datos personales, y de estimular, además, formas de búsqueda inspiradas únicamente en la exigencia de satisfacer meras curiosidades.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 20 del 23-1-2019, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.



Derecho a la dignidad humana. Derecho a la identidad. Negativa a practicar pruebas de ADN. Presunción de paternidad. Derecho a la confidencialidad de la información genética. Amparo contra decisiones judiciales. (México).

Antecedentes del caso: una mujer demandó de un hombre que la reconociera como hija biológica.

La mujer ofreció realizar una pericia genética molecular, pero el hombre se negó a practicársela. Por ello, el juez de familia estimó que correspondía aplicar la presunción del art. 416-A del Código Civil de Guanajuato (CCG) y decretó la paternidad del hombre, incluidos todos los derechos y obligaciones inherentes a la relación filial. El hombre apeló la decisión. La Quinta Sala Civil del Supremo Tribunal de Guanajuato confirmó el fallo de primera instancia. Consideró que se presumía su paternidad por haberse negado a realizar la pericial de ADN, que buscaba garantizar el derecho fundamental a la identidad de la demandante.

El hombre promovió una demanda de amparo contra la resolución del Supremo Tribunal de Guanajuato. En primer lugar, alegó que él había negado en juicio ser padre de la actora, por lo que se trataba de un “hecho negativo” y no estaba obligado a demostrar la inexistencia de una relación filial conforme a la ley procesal del Estado de Guanajuato. Por el contrario, adujo que correspondía a la demandante acreditar la afirmación, pero que ella no había aportado ninguna prueba. Sostuvo que la presunción en su contra no podía surtir efectos plenos por sí misma, sino que debía robustecerse con elementos de prueba adicionales. En segundo lugar, indicó que los jueces debían hacer un control de convencionalidad y, en cuanto a admitir la pericia genética molecular, esperar a que se ofrecieran otras pruebas. Señaló que, de otro modo, se caería en el absurdo de atribuir la paternidad a cualquier persona solo con una presentación ante un tribunal. Agregó que obligar a alguien a que se practique la prueba de ADN sin que exista alguna evidencia adicional sobre la supuesta paternidad viola el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de las personas sobre su información genética, ya que la pericia puede mostrar alguna condición hereditaria, que pertenece exclusivamente a la

intimidad del ser humano y que ninguna otra persona tiene derecho a conocer. Por lo demás, la admisión de esa prueba vulnera el derecho de las personas a no ser molestados sin una orden judicial.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Sexto Circuito denegó el amparo, por entender que el derecho humano a la identidad de la actora contaba con “mayor entidad” que el derecho del hombre a la confidencialidad sobre su información genética. Argumentó que la admisión y la orden para realizar la prueba genética había sido constitucional, debido a la importancia del derecho de conocer el propio origen biológico, íntimamente vinculado con la dignidad humana y otros derechos esenciales. Además, el tribunal colegiado consideró que desconocer el origen biológico puede provocar problemas personales y psiquiátricos.

El hombre interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte contra la decisión.

Sentencia: la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México confirmó la sentencia recurrida, en la materia de la revisión. Señaló que no correspondía amparar ni proteger al recurrente contra la decisión de la Quinta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia de Guanajuato.

1. Un juez de familia estableció que un hombre, que se había negado a realizar la pericia genética molecular, es progenitor de la mujer que lo había demandado, ya que se presumía su paternidad según el art. 416-A CCG. El Supremo Tribunal decidió que tanto la admisión de la pericia como la presunción de paternidad se justificaban por el derecho de la demandante a conocer su origen biológico.

El recurrente argumentó que admitir esa prueba ponía en riesgo la intimidad de su información genética, y que la presunción no podía tener plenos efectos porque la demandante no había ofrecido ninguna prueba adicional.

El tribunal colegiado determinó que la admisión de la pericia fue constitucional, ya que el derecho a la identidad de la actora prevalecía frente al derecho a la confidencialidad del recurrente, y que los argumentos sobre la presunción eran inoperantes porque no refutaban las razones del Supremo Tribunal sobre el derecho a la identidad.

El recurrente rechazó la postura del tribunal colegiado respecto de la admisión de la pericial e insistió en que la presunción vulneraba normas de procedimiento y carecía de pruebas adicionales.

La Corte debió examinar la ponderación entre el derecho humano a la identidad y el derecho a la intimidad genética respecto de la admisión y orden de realización de la prueba. En cambio, no se pronunció sobre la presunción, ya que estaba planteada y discutida en términos de legalidad, lo que escapa a su competencia en el marco de la revisión constitucional. La Corte analizó si la admisión y la orden de realizar la pericia de ADN en un juicio de reconocimiento de paternidad vulneraba el derecho a la privacidad de la información genética de una persona.

2. El caso planteó una posible colisión entre dos derechos fundamentales. No se contrasta una finalidad del Estado frente a los derechos del recurrente, sino la

tensión entre el derecho de una persona a conocer su origen biológico y el derecho de otra a la privacidad de sus datos genéticos.

Los derechos y valores constitucionales no tienen un carácter absoluto, en el sentido de que uno no puede desplazar en abstracto a otro sin más, sino que la norma debe reflejar un balance proporcional de los intereses constitucionales en juego. Se debe contrastar el peso específico de cada uno de los derechos en cuestión y efectuar un balance entre los valores en conflicto. Para ello se analizó, en primer lugar, el alcance o contenido *prima facie* de los derechos aludidos; en segundo lugar, si el supuesto normativo —la admisión de la pericia genética en un juicio de reconocimiento de paternidad sin que se ofrezca una prueba adicional— efectivamente plantea una colisión entre ellos; y, por último, la interferencia del derecho a la privacidad en relación con la protección del derecho a la identidad.

3. Contenido *prima facie* de los derechos en cuestión:

3.1. El derecho a la identidad es un derecho fundamental, derivado del respeto a la dignidad humana, consagrada en el art. 1 de la Constitución. El orden constitucional mexicano prohíbe cualquier tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, de la que se desprenden todos los demás derechos necesarios para el desarrollo integral de la personalidad. De esta manera, la dignidad humana comprende los derechos de la personalidad, entre los que se ubica el derecho a la identidad.

El derecho a la identidad personal es el derecho que tiene toda persona a ser quien es, en la propia conciencia y en la opinión de los otros, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad. La identidad se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales. Sin embargo, la imagen propia está determinada por el conocimiento de sus orígenes biológicos, que resultan de enorme trascendencia tanto desde el punto de vista psicológico como desde el jurídico.

Múltiples estudios señalan la trascendencia que tiene para el individuo conocer su origen. Desde el punto de vista psicológico, contribuye a la formación de la identidad personal, en la que se apoyan la propia estima y el sentido de la dignidad personal. La falta de información al respecto puede generar severos problemas psicológicos y de la personalidad. Desde el punto de vista legal, el conocimiento del propio origen está vinculado a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación; y a establecer diversos derechos, como la asignación de apellidos, la atribución de la patria potestad, los derechos alimentarios y los derechos sucesorios.

Por todo eso, resulta de gran trascendencia para el desarrollo integral de un ser humano conocer las circunstancias de su nacimiento y su origen biológico, pues forma parte de su historia personal y de su identidad.

3.2. El derecho a la privacidad (art. 16 de la Constitución) es un derecho fundamental que consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser invadidos en su vida privada o molestados por persona o entidad alguna en todo lo que pertenece a su esfera íntima y que comparten únicamente con quienes ellos desean. La Corte ha entendido este derecho como una garantía por la que nadie puede interferir en el ámbito de la vida privada personal y familiar del individuo,

esto es, en aspectos que deben quedar excluidos del conocimiento y la intromisión de los demás. Este reconocimiento no se limita a un espacio físico, sino que se extiende a cualquier molestia que pueda efectuarse, por cualquier medio, en un ámbito reservado de la vida personal.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte ha explicado en su doctrina que el derecho a la privacidad protege también la información de la vida privada, que no puede ser obtenida ni difundida sin consentimiento. En su precedente Contradicción de Tesis 81/2002, la Corte reconoció expresamente que la información genética está protegida por el derecho a la intimidad. Sostuvo que la toma de una muestra genética implica recabar información del ámbito privado, ya que puede “poner en evidencia otras características o condiciones genéticas, relacionadas con aspectos patológicos hereditarios o algunas tendencias o proclividad a determinadas conductas”, lo que puede comprometer el derecho a la intimidad de una persona.

La Corte reafirmó que la información genética está tutelada por el derecho a la privacidad. Los datos genéticos proporcionan información sobre el cuerpo humano y permiten la identificación inequívoca de una, y solo una, persona. En ese sentido, dado que el ADN es información vinculada a la esfera más íntima del ser humano, su obtención y uso se encuentran protegidos por el derecho a la privacidad.

Este criterio se ve reflejado en el sistema jurídico mexicano a través de la protección de datos personales, que están tutelados esencialmente por los arts. 6.A.II y 16 párrafo segundo de la Constitución. Además, se brinda cobertura expresa a la información genética en el art. 3.VI de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

4. El caso presenta una colisión entre el derecho a la identidad y el derecho a la privacidad. A partir de una orden de pericia genética en un juicio de reconocimiento de paternidad.

La admisión de la pericia brinda al individuo una solución científica para determinar un vínculo de paternidad, le proporciona información crucial sobre su origen biológico y le permite satisfacer su derecho a la identidad.

Sin embargo, exige un mandato judicial para acceder a la información genética del demandado, a partir de una muestra extraída de su cuerpo. En consecuencia, su información genética pasaría a formar parte de la prueba de un juicio público y sería discutida e incorporada a una resolución. Este escenario coloca en tensión al derecho a la privacidad. En contraste, no admitir esa prueba implica tutelar su derecho a la privacidad por la vía jurisdiccional.

Pero esa decisión impediría determinar si una persona guarda un nexo filial con otra y comprometería el ejercicio del derecho humano a la identidad.

5.1. El examen de ponderación parte de la premisa de que ningún derecho es absoluto, por lo que pueden ser delimitados por otros fines o valores constitucionales, siempre que no se interfieran desproporcionadamente. Dos o más derechos interactúan en un supuesto normativo concreto, de una manera en la que uno de ellos logra su eficacia en perjuicio de la eficacia del otro. Esa colisión no puede

resolverse a través del desplazamiento en abstracto de un derecho en favor del otro, sino mediante el examen del grado de eficacia de uno en relación con la intensidad con que se afecta al otro.

En caso de que la afectación a un derecho resulte mayor que el grado de protección que alcanza el derecho opuesto, estaremos ante una interferencia desproporcionada a un derecho fundamental. Si, por el contrario, el nivel de protección del derecho que tutela la norma es mayor que el grado de afectación del otro derecho, entonces la interferencia es válida y la norma debe prevalecer.

5.2. Eficacia del derecho a la identidad:

El impacto en la protección del derecho a la identidad que supone ordenar la prueba genética es significativo, dado que esa prueba permite resolver la cuestión.

La norma prevé que el demandado se puede negar a realizarla, pero se presume la paternidad si no presenta prueba en contrario. En ese marco, el juicio de paternidad cumple con la expectativa del actor: el derecho reconoce a su padre o su madre legítimos, y surgen derechos y obligaciones de paternidad. Ante tal panorama, la persona no solo recibe la certeza jurídica del vínculo filial, sino las prerrogativas de la paternidad que están comprendidas en el derecho a la identidad.

Por tanto, la admisión y la orden de realización tutelan ampliamente el derecho a la identidad, en todos los escenarios posibles del supuesto normativo.

5.3. Afectación al derecho a la privacidad:

El grado de afectación del derecho a la privacidad es moderado.

Si bien el derecho no llega al extremo de obligar a la persona a realizar la prueba genética, tampoco le presenta una alternativa libre ni autónoma. En efecto, la orden de realizar el examen compromete el libre ejercicio del derecho a la privacidad, pues la persona debe permitir una intromisión en sus datos genéticos. En caso de que la persona se negara, el juez no debería descartar la presunción de paternidad. En ese sentido, la admisión y orden de realización —con independencia de si la persona accede o si prefiere que opere la presunción— comprometen el libre ejercicio del derecho a la privacidad.

Aunque la persona consienta en practicarse el estudio, constituye una intromisión pública en su privacidad, pues la información recabada se incorpora al escrutinio judicial y científico. Además, el individuo no actuó en un marco de plena autonomía, sino bajo la posibilidad de que se presuma su paternidad. En esa medida, la práctica de la pericia afecta el derecho a la privacidad, pues interfiere en la esfera más íntima del ser humano.

Por otra parte, si el individuo opta por que opere la presunción, tampoco ejerce una decisión autónoma sobre sus datos privados. De todos modos, estas afectaciones no son equivalentes a una intromisión directa y no consentida en la privacidad de una persona, pues el sistema normativo no permite coaccionar al individuo a practicarse la pericia. Asimismo, la norma —la presunción *iuris tantum* de paternidad— no trae aparejada una sanción, sino una consecuencia probatoria que puede ser revertida si el demandado ofrece otros elementos para desvirtuar la filiación. Además, no existen razones para pensar que la información será empleada

de un modo contrario al derecho, pues el objetivo es probar el nexo biológico entre el actor y el demandado.

En este tipo de pruebas únicamente se analiza la huella genética —que consiste en establecer si los marcadores del hijo son iguales o no a los del padre— y no toda la información genética.

Por esto, el Supremo Tribunal entendió que, aun en el supuesto de que la persona acceda a realizarse la prueba de ADN, la práctica de la pericia para determinar la paternidad no supone una intromisión intensa ni desmedida en la información genética del individuo. La admisión y la orden de realizar la pericia genética en un juicio de paternidad suponen perjuicios leves o moderadas del derecho a la privacidad.

6. Por lo explicado, la Corte consideró que, mientras la admisión y la orden de pericia genética molecular brindan una protección intensa al derecho a la identidad, el grado de afectación del derecho a la privacidad es moderado.

Aunque ambos derechos se originan en la dignidad humana y son instrumentales para el ejercicio de otras libertades, las interferencias moderadas al derecho a la privacidad se justifican por la extensa protección al derecho a la identidad. De acuerdo con el examen de ponderación, una prueba de ADN en el contexto de un juicio de paternidad no supone una intromisión desmedida, arbitraria ni irracional en la privacidad de un individuo.

Por lo tanto, la admisión y orden de realización de la pericia no afectan de forma desproporcionada el derecho a la privacidad.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION DE MÉXICO, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2944/2017, sentencia del 7-3-2018, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=215827>.



Derecho a la igualdad. Discriminación por razón de sexo. Licencia por paternidad. Resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación de la duración del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad. (España).

Antecedentes del caso: en 2015, Ignacio Álvarez Peralta accedió a un permiso de paternidad de trece días, de acuerdo con la legislación vigente en ese momento. Días después solicitó a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de Madrid la ampliación y equiparación de la prestación de paternidad con la prestación por maternidad, tanto en lo que se refiere a las condiciones como a su duración (16 semanas). Invocó el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE). Adujo que no equiparar las prestaciones constituía un acto discriminatorio por razón de sexo, basado en una interpretación literal y

formalista de la normativa de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) y de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). La solicitud no fue respondida.

En 2016, Álvarez Peralta y la asociación Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA) interpusieron una demanda contra el INSS y solicitaron que reconociese el derecho de Álvarez Peralta a la equiparación de las prestaciones. Consideraron que la diferencia de trato dispensada en cuanto a la duración de ambas prestaciones suponía para los varones un trato discriminatorio por razón de sexo, lesivo del art. 14 CE. También alegaron que la equiparación permitía conciliar las responsabilidades familiares que surgen del principio de protección de la familia (art. 39 CE), y que era una exigencia del derecho europeo, que prevalece sobre la normativa nacional. Para justificar su posición, invocaron los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Propusieron que, de ser necesario, se planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Juzgado de lo Social 30 de Madrid desestimó el amparo y absolvió al INSS de las pretensiones en su contra. Sostuvo que el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en relación con su duración no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación, sino que contempla situaciones jurídicas distintas que justifican el trato desigual fundado en razones objetivas, como las derivadas del hecho biológico de la maternidad, según la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 75/2011). Añadió que, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se trata de una diferenciación legítima conforme a la normativa comunitaria, por lo que no procedía plantear la cuestión prejudicial.

Los demandantes interpusieron un recurso de suplicación. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1º, confirmó la sentencia.

Los demandantes interpusieron un recurso de amparo contra esas resoluciones y destacaron la especial trascendencia constitucional de la cuestión. Solicitaron la nulidad de las sentencias recurridas y el reconocimiento de la equiparación de las prestaciones.

El Pleno del Tribunal Constitucional requirió conocer del recurso y lo admitió a trámite por considerar que revestía una especial trascendencia constitucional.

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

1. El recurso de amparo se dirigió contra las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas que las precedieron. El objeto quedó acotado a determinar si habían vulnerado el derecho de los demandantes a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Los demandantes consideraron que la decisión administrativa de negar a Álvarez Peralta el derecho a disfrutar la prestación por paternidad con la misma duración que la de maternidad suponía un trato desigual sin justificación razonable y proporcionada, que, además, impactaba negativamente sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

2. La conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (y la prestación de la seguridad social correspondiente) hasta su equiparación con el permiso por maternidad es objeto de un prolongado debate social y político y, de hecho, está en trámite parlamentario una propuesta de ley que pretende equipararlos.

Se trata de una cuestión jurídica relevante que repercute en lo social y en lo económico. Si existiera la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), no sería directamente causada por las resoluciones judiciales impugnadas, sino que provendría de la regulación legal que establece una duración del permiso por paternidad inferior a la del permiso por maternidad.

3. En el recurso de amparo afirmó que la decisión del INSS suponía un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada que lesionaba el derecho garantizado por el art. 14 CE. Sostuvo que los órganos judiciales no habían realizado un correcto juicio de proporcionalidad ni tenido en cuenta que la equiparación de la duración de ambos permisos era idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto, pues podría ser beneficiosa también para la salud de las madres, favorecería la corresponsabilidad de la pareja en el cuidado de los hijos y tendría un impacto positivo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

El Tribunal no compartió el enfoque de la demanda y, dados los términos inequívocos de la legislación aplicable, no cabe reprochar a los órganos judiciales no haber aplicado un juicio de proporcionalidad. En realidad, el planteo encubre la inadmisibles pretensión de que los órganos judiciales, y antes el INSS, no hubieran aplicado las normas legales vigentes, que establecían un permiso de paternidad de trece días y la correlativa prestación económica de la seguridad social. Los órganos judiciales no albergaban dudas sobre la constitucionalidad de esa regulación legal: en caso contrario, resultaba obligado plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La aplicación de las normas legales al caso determina inevitablemente la desestimación de la pretensión del demandante.

El problema era dilucidar si la normativa podía considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el art. 14 CE, como lo han entendido los órganos judiciales intervinientes. Para resolver la cuestión, el Tribunal había declarado que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal similar con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Por eso, no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable. Para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, las consecuencias jurídicas derivadas de tal distinción deben ser proporcionales a la finalidad perseguida y evitar resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

El Tribunal examinó si las situaciones comparadas podían considerarse iguales y, en su caso, si la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad (y de las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social) tenía una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

4. En su precedente STC 75/2011, el Tribunal recordó que, en el supuesto de parto, la finalidad primordial que siempre persigue el legislador es la protección de la salud de la mujer trabajadora. Por ello, la situación merece protección en materia laboral y por el régimen público de la seguridad social. Además, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres introdujo nuevas reglas en cuanto al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y creó el permiso por paternidad de trece días, que es un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto, y que constituye la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. También introdujo modificaciones en la regulación de las prestaciones de seguridad social, cuya principal novedad fue la creación de una prestación económica por paternidad a la que tiene derecho el padre trabajador durante el permiso de paternidad.

De acuerdo con la sentencia mencionada, la finalidad perseguida por el legislador para la protección laboral y de la seguridad social dispensada para el parto es diferente según se trate de la madre o del padre. El objetivo de establecer el descanso por maternidad y el subsidio económico de la seguridad social es proteger la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, el parto y el puerperio. Ese descanso es obligatorio, como mínimo, durante las seis semanas siguientes al parto.

El legislador, cuando permite a la madre ceder al padre una parte de su periodo de descanso por maternidad si ambos trabajan, excluye la parte de descanso obligatorio posparto, que no está disponible para la madre. Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que el ordenamiento español reconoce a los padres a partir de 2007, inicialmente con una duración de trece días, luego ampliada a cuatro y después a cinco semanas. Tienen una finalidad distinta: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y fomentar la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos.

En el mismo sentido, en el marco jurídico de la Unión Europea, la directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2017/0085) pretende introducir el permiso de paternidad. Su objeto es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

5. A partir de la premisa indiscutible de que los progenitores deben corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE), no puede concluirse que los permisos laborales en caso de parto, y las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social, deban tener el mismo contenido ni que la diferente duración de los permisos por maternidad y por paternidad lesione el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE. De acuerdo con el precedente STC 109/1993, la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, y las ventajas o excepciones de la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre.

En sentido similar, con referencia al derecho de la Unión Europea, la STC 324/2006 afirmó que la licencia por maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la

protección de la familia, sino en la de las madres. La Directiva 92/85/CEE expresa que la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia exige el derecho a un permiso de maternidad, cuya finalidad primordial es la de preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales.

Esta concepción del permiso de maternidad en la doctrina constitucional coincide con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia está en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad. Se considera al permiso como un medio de protección del derecho social que reviste particular importancia. De acuerdo con lo decidido en el caso *Betriu Montull*, el objeto del permiso es, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante y después del embarazo, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período posterior al embarazo y al parto.

6. Respecto del derecho a la igualdad ante la ley, el Tribunal debió analizar si la medida cuestionada introducía alguna diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, y si las situaciones a comparar eran homogéneas o equiparables. Recién después de verificar tales cuestiones, se puede determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato.

El legislador estableció el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas (o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple), de las cuales al menos seis deben tomarse después del parto. Igualmente, la prestación por maternidad de la seguridad social busca preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, por considerar que la reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo después del parto puede ser perjudicial para su completa recuperación. Se trata de una exigencia, derivada del art. 39.2 CE, de preservar la salud de la mujer trabajadora durante y después de su embarazo y, por otra parte, proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio, como también ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por eso, los compromisos internacionales asumidos por España al ratificar los acuerdos y convenios sobre derechos humanos obligan a adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad y se proteja su salud (Convenio OIT 103, art. 10.2); también la normativa de la Unión Europea impone esta obligación (art. 8 de la Directiva 92/85/CEE). Así lo advirtió también el Tribunal, que señaló que la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad (STC 324/2006).

Por el contrario, el establecimiento de un permiso por paternidad no proviene de ninguna norma de derecho internacional que obligue a España ni del derecho de la Unión Europea. Obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y fomentar la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE). Por tanto, la decisión del legislador

de reconocer a los hombres el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por el nacimiento de un hijo y a percibir la prestación por paternidad de la seguridad social tiene una finalidad diferente del supuesto tradicional de suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora por parto. El objetivo no es proteger la salud del trabajador, sino contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares. La diferencia radica en que el permiso de maternidad en caso de parto se configura legalmente como un derecho originario de la madre trabajadora (STC 76/2011), que puede ceder al padre, cuando ambos trabajan, el goce de una parte determinada del periodo de descanso posparto, con exclusión de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre (art. 48.4 LET).

No puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan. La atribución del permiso por maternidad y de la correlativa prestación de la seguridad social a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria con el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres.

7. Ello no obsta a que el legislador, dentro de sus facultades, pueda ampliar la duración del permiso de paternidad a los fines de administrar adecuadamente los recursos económicos según las necesidades sociales.

En la actualidad, el permiso es de cinco semanas, durante los que se percibe el subsidio de paternidad, hasta llegar a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE). Ello no significa que la regulación legal precedente y actual, que establece una duración del permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad, sea por ello contraria al art. 14 CE.

8. Por tanto, dado que no se vulneró el derecho garantizado por el art. 14 CE, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo 4344-2017, promovido por Ignacio Álvarez Peralta y la asociación “Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA)” c. la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un Juzgado de lo Social y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad, sentencia 111/2018, del 17-10-2018, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2018-15847.pdf>.



Derecho a la igualdad. Protección de las personas en situación de discapacidad. Derecho de petición. Abuso de la posición dominante. Derecho a la vida digna. Prevalencia de derechos fundamentales de personas en situación de discapacidad en conjuntos residenciales. Temeridad. (Colombia).

Antecedentes del caso:

1. Asunto T-6.500.163: Carlos Hernando Ospina Pinzón padece diabetes de tipo 2, tiene una enfermedad renal crónica, ha sido sometido a distintos procedimientos quirúrgicos y debe convivir con un catéter de nefrostomía. Los especialistas le han indicado no levantar objetos pesados ni hacer largas caminatas. Dada su condición, solicitó a la administración del conjunto residencial donde reside —El Trébol Manzana 6— un estacionamiento permanente cercano a su vivienda. Dos meses más tarde, su pedido fue denegado porque no había acreditado su condición de discapacidad. Pese a reiterar la solicitud, no recibió respuesta.

Por ello, interpuso una acción de tutela contra la administración, el consejo de administración y el comité de convivencia del conjunto residencial, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad y petición. Solicitó que se ordenara a las accionadas a responder su segunda petición, y que le fuera asignado un estacionamiento para personas con discapacidad.

En primera instancia, el juez amparó los derechos fundamentales invocados por entender que debido a su estado de salud era posible reconocerlo como una persona en situación de discapacidad, y ordenó a la administración del conjunto residencial asignarle un estacionamiento. La administradora impugnó la sentencia.

En segunda instancia el juez amparó el derecho fundamental de petición del accionante y ordenó a la administración pronunciarse sobre el segundo pedido. Por otra parte, revocó la orden de asignación del estacionamiento porque el accionante no había agotado el mecanismo ordinario de defensa judicial.

2. Asunto T-6.510.452: M. A. C. P. tiene seis años de edad y padece —entre otros trastornos— autismo, deficiencia del sistema nervioso central, limitación permanente en la actividad, retraso en el desarrollo motor y cognitivo, restricción permanente en la participación y trastorno para la movilidad en comunidad. Su padre es propietario de un inmueble ubicado en la agrupación unifamiliar La Magdalena, y solicitó en varias oportunidades a su consejo de administración que le fuera asignado un estacionamiento permanente para su vehículo particular con el fin de poder desplazar a su hijo con mayor facilidad cuando presentara episodios de crisis. Indicó que le habían comunicado que podría hacer uso del estacionamiento comunal hasta fin de ese mes, momento en que debía presentar a la administración los trámites del traspaso de la matrícula de Chía a Bogotá o no podría ingresar el vehículo al conjunto.

El padre —en representación de su hijo menor M. A. C. P.— interpuso una acción de tutela contra La Magdalena por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y a la protección de los discapacitados. Asimismo,

solicitó que se advirtiera al consejo de administración y/o representante legal del conjunto residencial abstenerse de incurrir en hechos similares que atenten contra las garantías constitucionales.

En primera instancia, el juez denegó el amparo por considerar que no había dado cumplimiento al requisito de subsidiariedad. Sin embargo, advirtió a La Magdalena que las decisiones que adoptaran deberían guardar conformidad con las normas relativas a la propiedad horizontal, y sin afectar derechos de rango constitucional. El padre impugnó el fallo.

El juez de segunda instancia confirmó la sentencia recurrida. Estimó que no se cumplía el requisito de subsidiariedad para que procediera la acción de tutela, ya que la adjudicación de un estacionamiento es una controversia vinculada con el reglamento de propiedad horizontal, para lo cual el accionante contaba con otro mecanismo ordinario de defensa judicial al que podía acudir, la jurisdicción ordinaria civil.

Ambos casos fueron seleccionados para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia, en el Asunto T-6.500.163, confirmó parcialmente la sentencia de segunda instancia, en cuanto amparó el derecho de petición de Carlos Hernando Ospina Pinzón, y la revocó parcialmente, en relación con el derecho a la igualdad. En consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia, en cuanto al amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y a la vida digna. Ordenó a la administración del Conjunto Residencial El Trébol asignar un estacionamiento permanente cerca del lugar de residencia de Ospina Pinzón.

En el Asunto T-6.510.452, revocó la sentencia de segunda instancia. Amparó los derechos fundamentales a la igualdad, a la vida digna y los derechos de la persona en condición de discapacidad del menor de edad, y ordenó al consejo de administración de la agrupación unifamiliar La Magdalena que convocara una reunión extraordinaria de copropietarios para asignar un estacionamiento al accionante.

1. Asunto T-6.500.163:

1.1. La Sala de Revisión debió resolver dos problemas jurídicos: a) determinar si procede la tutela para solicitar la protección del derecho fundamental a la igualdad y de petición de una persona en condición de discapacidad que solicita la asignación de un estacionamiento dentro del conjunto residencial en el que vive, y b) si ese conjunto residencial vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y de petición de Ospina Pinzón, por negarle la asignación de un estacionamiento permanente dentro de las instalaciones del conjunto con motivo de no haber acreditado su condición de discapacidad.

1.2. Los requisitos de procedencia (legitimación, inmediatez y subsidiariedad) fueron satisfechos.

1.3. En principio, el caso trata una controversia sobre la asignación de un estacionamiento dentro de un conjunto residencial, y debería dirimirse a través de un proceso verbal sumario. Sin embargo, las condiciones particulares del accionante y la negativa a asignarle un estacionamiento cercano a su residencia podrían dar lugar a la

afectación de la vida en condiciones dignas y, eventualmente, constituir una forma de discriminación, más aún cuando existe un estacionamiento asignado a otro residente también discapacitado. De ahí que ese mecanismo de defensa judicial no resulte ni eficaz ni idóneo para el caso.

Ospina Pinzón solicitó en dos oportunidades la asignación del estacionamiento. El primer pedido fue denegado dos meses después de que hubiera sido presentado, y el segundo también fue denegado, un mes y medio después de su presentación.

Los órganos accionados abusaron de su autoridad por dar respuesta a la petición del actor fuera del término obligatorio de quince días (Ley 1755/15) y han vulnerado su derecho fundamental de petición. El derecho fundamental de petición permite exigir el reconocimiento de otros derechos, y su garantía requiere una respuesta de fondo que valore todas las circunstancias que motivan la solicitud. En tal medida, las accionadas debían analizar específicamente las condiciones personales y de salud del actor para decidir sobre su derecho a un estacionamiento adecuado a sus necesidades especiales, y en procura de satisfacer su derecho a una vida digna. No obstante, no hubo una vulneración del derecho fundamental de petición ya que fue respondido, aunque de forma tardía.

1.4. El actor es un sujeto de especial protección constitucional debido a su situación de salud. La necesidad de contar con un estacionamiento cercano a su residencia, consiste en evitar un daño irremediable a su salud o a su vida, y tiene la finalidad de permitir que pueda ser conducido prontamente en su vehículo al centro de salud más cercano.

El actor demostró de manera suficiente su condición, por lo que no resulta admisible la denegación del lugar de estacionamiento con fundamento en la falta de acreditación de su estado de salud, además de que resulta discriminatoria y atenta contra los derechos fundamentales a la igualdad y a la protección de las personas en condición de discapacidad física. Exigir una certificación de una junta médica que constate la discapacidad revictimiza a quien, por otra parte, ya había presentado evidencia de los procedimientos médicos a los que había sido sometido, además de una copia de su historia clínica, un certificado de su patología y otro que acreditaba su condición de discapacidad permanente.

Dada la condición de salud de Ospina Pinzón y la alta probabilidad de que ocurra una emergencia, es de vital importancia que su vehículo esté ubicado dentro del conjunto residencial y en un lugar cercano a su residencia.

1.5. Por lo dicho, la Sala confirmó parcialmente la sentencia de segunda instancia, que modificó el fallo de primera instancia, en cuanto amparó el derecho de petición de Ospina Pinzón.

Adicionalmente, revocó parcialmente el fallo de segunda instancia, que modificó la sentencia de primera instancia, en relación con el derecho a la igualdad de Ospina Pinzón. En consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia, en tanto amparó el derecho fundamental a la igualdad. Por ello, ordenó a la administración del conjunto residencial asignar un estacionamiento permanente cercano a la residencia del actor.

2. Asunto T-6.510.452:

2.1. La Sala advirtió que el caso podría presentar una eventual temeridad, por haberse presentado varias acciones de tutela en favor del menor de edad, cuyos hechos, partes y pretensiones eran idénticos.

Se analizó si procedía la tutela para solicitar la protección del derecho fundamental a la igualdad y a la protección de las personas en situación de discapacidad, de acuerdo a la figura de la temeridad, ya que en cinco meses habían presentado tres tutelas similares. En caso de que se cumpliera esta condición, se debía establecer si La Magdalena había vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad y la dignidad humana del menor de edad, por negarle el uso permanente del estacionamiento comunal con el argumento de que otras autoridades judiciales ya se habían pronunciado.

2.2. La Sala consideró que los requisitos de procedencia (legitimación, inmediatez y subsidiariedad) fueron satisfechos.

2.3. M. A. C. P. es un sujeto de especial protección constitucional, tanto por su edad como por su discapacidad. La Sala constató que el actor había citado a La Magdalena a una conciliación. La demandada manifestó que el padre de M. A. C. P. podía acudir a la vía ordinaria y someterse a un proceso verbal sumario. Sin embargo, ese medio de defensa no es idóneo ni eficaz para la protección invocada, pues no contempla la especial condición del menor ni la urgencia de otorgar una protección a su favor, por tanto, exigir al padre que acuda ante la jurisdicción ordinaria civil resulta desproporcionado y contrario a los presupuestos constitucionales establecidos a favor de los sujetos de especial protección constitucional.

2.4. Respecto de la presunta temeridad, la Sala comprobó la interposición de varias acciones de tutela de forma sucesiva. La tutela 1, objeto de la presente revisión, fue interpuesta por el padre, en representación de su hijo, contra La Magdalena, y declarada improcedente por el Juzgado 40 Penal Municipal con Función de Control de Garantías; la sentencia fue confirmada en segunda instancia. Los fundamentos de la acción fueron la denegación del estacionamiento permanente dentro del conjunto residencial, pese a la discapacidad acreditada y la necesidad de trasladar al menor al hospital por diferentes eventualidades médicas. La tutela 2 fue presentada por Yader Eduardo Ruiz Muñoz —como agente oficioso de M. A. C. P.— contra La Magdalena, y fue denegada por el Juzgado 43 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que determinó que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial. Para fundamentar el amparo, el actor había alegado la vulneración de los derechos fundamentales al interés superior e igualdad de M. A. C. P. por la denegación del estacionamiento permanente y del permiso de acceso del vehículo sin ningún tipo de barreras. La tutela 3 fue presentada por Yader Giovanni Ruiz Simbaqueva —en representación de M. A. C. P.—, contra La Magdalena, y fue denegada por el Juzgado 70 Penal Municipal con Función de Control de Garantías bajo el argumento de que operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. De lo expuesto se evidencia —en principio— que se cumplirían los presupuestos de la triple identidad: a) la identidad de partes (distintas personas, pero siempre en representación de M. A. C. P., y contra la misma agrupación); b) la identidad de hechos, ya que en

los tres casos se indicó que los propietarios del inmueble son los padres de un menor de edad que padece múltiples patologías y que por la condición del niño necesitan de un estacionamiento permanente, y c) la identidad de pretensiones, puesto que en las tutelas se reitera el pedido de un estacionamiento permanente. Lo anterior podría llevar a declarar la figura de la temeridad, no obstante, la Sala entendió que el objeto de revisión no es cosa juzgada. En materia de tutela, este principio se materializa cuando el juez de instancia resuelve un asunto concreto y posteriormente la Corte decide sobre su selección o, cuando no ha concluido la revisión.

De todas formas, como la tutela aún no cuenta con un pronunciamiento definitivo, el debate aún no ha concluido. Además, no es posible establecer la temeridad respecto de este asunto en la medida que fue la primera solicitud de amparo elevada y en consecuencia no configura una actuación desleal y/o deshonesto del actor.

2.5. La necesidad y urgencia de asignarle un estacionamiento al núcleo familiar de M. A. C. P. se fundamenta en la especial condición de salud que el menor presenta y la necesidad de contar con un medio de transporte que, ante cualquier situación, permita a sus padres tener fácil y rápido acceso al vehículo familiar, con el objetivo de trasladarlo de forma inmediata a la entidad de salud respectiva.

No otorgar un estacionamiento permanente al padre de un menor de edad en condición de discapacidad con base en que su discapacidad es exclusivamente cognitiva; en que en diferentes despachos se ha negado el amparo, y en que el menor no es el propietario ni el conductor del vehículo resulta violatorio de los derechos fundamentales a la igualdad, la vida digna y a la especial protección que se debe otorgar a las personas en condición de discapacidad, así como un desconocimiento al deber de solidaridad propio del Estado de derecho. Este tipo de respuesta no es aceptable, sobre todo en el contexto de una agrupación unifamiliar que supuestamente propende por la convivencia pacífica y por la garantía de los derechos fundamentales de los copropietarios.

El derecho del menor prima entre cualquier derecho reclamado por parte de la agrupación, por lo que es trascendental que el vehículo familiar se encuentre dentro de la agrupación y a una distancia razonable de la residencia del menor.

2.6. Por lo dicho, se revocó la sentencia de segunda instancia, que denegó el amparo interpuesto por el padre del menor y se ordenó la protección a los derechos fundamentales invocados.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Octava de Revisión de tutelas, acciones de tutela instauradas por Carlos Hernando Ospina Pinzón c. la Administración del conjunto residencial El Trébol (Expediente T-6.500.163), y por FCB, en representación de su menor hijo M. A. C. P., c. la agrupación unifamiliar La Magdalena (Expediente T-6.510.452), sentencia T-217/18, del 5-6-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-217-18.htm>.



Derecho a la intimidad y al debido proceso. Actuaciones disciplinarias en instituciones educativas. Alumnos sancionados y expulsados de una escuela militar por realizar actos sexuales dentro de la institución. Particularidades del régimen disciplinario en las escuelas de formación militar. Vulneración por publicación de grabaciones de imagen o voz sin autorización del titular. Establecimientos educativos. Espacios semiprivados. Derecho al debido proceso. Valoración de la prueba. (Colombia).

Antecedentes del caso: los cadetes MM e YY, estudiantes de la Escuela Militar, fueron filmados sin su consentimiento por un compañero mientras tenían relaciones sexuales. El compañero entregó el video a sus superiores, y los cadetes fueron convocados para hacer sus descargos respectivos. Se les informó la gravedad de la falta cometida y se les dieron dos opciones: pedir la baja voluntaria o presentarse ante el Comité Académico y permitir que todos los miembros vieran el video. MM e YY manifestaron que, debido a las amenazas a las que fueron sometidos, suscribieron la baja voluntaria. Sin embargo, tras recibir asesoramiento jurídico, se retractaron cuando supieron que la prueba era ilegal, dado que MM era menor de edad en el momento de los hechos.

Los accionantes interpusieron sendos recursos de reposición y solicitaron copia de las pruebas en su contra, con lo que constataron que el video existía. Luego, afirmaron que sus recursos no habían sido respondidos.

Interpusieron una acción de tutela contra la Escuela Militar por considerar vulnerados sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, al honor, a la intimidad y al *habeas data*, a la honra, de petición, a la libertad de escoger profesión u oficio, al debido proceso y a la doble instancia.

El director de la Escuela Militar sostuvo que el comportamiento de los accionantes configuraba una falta gravísima (conf. art. 82 del reglamento interno). Por eso convocó a una audiencia ante el Comité Académico para determinar una sanción. Afirmó también que la acción de tutela era improcedente, ya que se habían respetado todos los derechos fundamentales invocados durante los procedimientos disciplinarios y académicos. Además, alegó que el cadete que grabó el video desconocía que la alumna era menor de edad, y que cuando se constató esa circunstancia el material fue destruido.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, denegó el amparo de los derechos fundamentales, pero la sentencia no fue impugnada. El caso fue revisado por la Corte Constitucional.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, dentro del proceso de acción de tutela promovido por MM e YY contra la Escuela Militar. En su lugar, concedió la protección invocada.

La Corte dejó sin efecto las decisiones adoptadas en el Acta 7787/2017 del Consejo Académico de la Escuela Militar, que había confirmado la cancelación de la matrícula de los estudiantes MM e YY (Acta 7776/2017).

Dejó sin efecto el proceso disciplinario que los directivos de la Escuela Militar habían iniciado contra los estudiantes MM e YY, por la supuesta vulneración del art. 82 del Reglamento Académico y Disciplinario de la Escuela Militar.

Ordenó que, si los estudiantes estaban de acuerdo, fueran reincorporados a la Escuela Militar, en las mismas condiciones que gozaban antes de la cancelación de su matrícula.

Ordenó a la Escuela Militar que, al reiniciar el proceso disciplinario, deberá: a) garantizar la reserva de la identidad de los afectados, con el fin de proteger su derecho a la intimidad; b) disponer del acompañamiento de personal profesional en psicología, acompañamiento psicosocial y/o trabajo social, para valorar la infracción cometida, la eventual sanción, y adoptar las medidas que mejor correspondan al proceso educativo del que forman parte los estudiantes, y c) observar, en lo sucesivo, el respeto del principio de proporcionalidad en las actuaciones disciplinarias.

1. En este caso se analizó la tutela presentada por dos estudiantes de una escuela militar que fueron sometidos a un proceso disciplinario por haber mantenido relaciones sexuales dentro de la institución, lo que fue registrado en un video obtenido sin su consentimiento. Los estudiantes señalaron que fueron presionados para pedir la baja en el servicio, pero que, después de asesorarse jurídicamente, se retractaron y se sometieron al proceso disciplinario que concluyó con su sanción y expulsión. Alegaron que el proceso no había respetado su derecho al debido proceso, había afectado su intimidad y honra, además de frustrar su proyecto de vida profesional. También consideraron que la situación trascendió el escenario institucional y afectó a sus familias, entorno social y proyecto de vida profesional.

La Corte Constitucional debió determinar si la Escuela Militar había vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes, en especial al debido proceso y a la intimidad, por sustanciar un proceso disciplinario a partir del conocimiento del video que los muestra manteniendo relaciones sexuales en un aula de clase (espacio semiprivado) dentro de las instalaciones de la institución, y que conllevó la imposición de las sanciones de pérdida de cupo y expulsión.

2. El aula de la Escuela Militar es un lugar semiprivado, esto es, un espacio en el cual un conjunto de personas comparten una actividad y en el que el acceso al público es restringido. En tales espacios las injerencias a la intimidad y demás libertades que se ejercen son limitadas y no pueden ser restringidas salvo que se trate de actos que afecten los derechos de terceros.

En este sentido, la intromisión en esos espacios por parte de los directivos de la Escuela Militar es legítima si las acciones allí desarrolladas tienen repercusiones sociales para la comunidad académica. La condición de recinto semiprivado incide en la valoración del respeto de las garantías fundamentales dentro del procedimiento disciplinario, pues es necesario valorar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que le den una connotación más pública que privada al recinto y a las conductas que en él se desarrollaron.

Fue necesario precisar que la prueba que dio lugar a la investigación y posterior sanción disciplinaria no estuviera viciada por ilicitud o por ilegalidad. La grabación fue tomada dentro de la escuela por un estudiante, a quien se le había encomendado la vigilancia del lugar. En ese contexto, el estudiante cumplió con el deber de informar la conducta antirreglamentaria a sus superiores.

La grabación no ostentaría ninguna irregularidad si su única finalidad hubiera sido demostrar la ocurrencia de una falta disciplinaria, y si no hubiera derivado en la exposición social de los afectados. Este último aspecto se cumplió, dado que las autoridades de la escuela advirtieron la infracción, decidieron no exponer la grabación y la pusieron bajo custodia para destruirla, con el fin de salvaguardar los derechos de los accionantes, en especial de la menor de edad. La entidad accionada actuó, en principio, con observancia de las garantías propias del derecho a la intimidad, pues por considerar que el video incluía contenido de tipo sexual y exponía a una menor de edad, optó por proteger la privacidad de los disciplinados.

Si bien la escuela intentó proteger la intimidad de los accionantes, el desarrollo del procedimiento disciplinario y la posterior imposición de la sanción no se compadecieron con el respeto y la garantía efectiva del derecho a la intimidad sexual y del debido proceso de los accionantes.

Por tal motivo, el análisis expuso dónde se generó la vulneración y señaló algunos lineamientos respecto de la observancia de situaciones que colocan en tensión el derecho a la intimidad sexual y el ejercicio de la potestad disciplinaria en espacios de convivencia educativa (semiprivados).

Es legítimo que las instituciones educativas —especialmente las instituciones militares— tomen medidas disciplinarias ante conductas puedan afectar la convivencia de la comunidad académica o a algunos de sus integrantes. No obstante, el proceso debe respetar los derechos fundamentales y garantizar el derecho a la intimidad, además de la intimidad sexual. En el caso de la entidad accionada, la situación es especialmente sensible, dado que alberga a 3000 estudiantes que conviven las 24 horas del día. Además, se trata del primer curso que incluye personal femenino, razón por la que el proceso de adaptación implica mayores esfuerzos para una escuela militar que históricamente se ha regido por reglas de conducta destinadas a hombres.

No obstante, el trato dado por las autoridades no se compadeció con la plena garantía del derecho a la autonomía, la intimidad y, en particular, la intimidad sexual de los accionantes, ya que el video fue revisado por el comandante de batallón, quien identificó a los señalados, elaboró un informe y resguardó la prueba a fin de proteger la información. Los alumnos agotaron las vías habituales para hablar con el director, y señalaron que tanto él como una asesora jurídica de la escuela les habían planteado optar por la baja voluntaria o presentarse ante el Comité Académico, donde el video sería reproducido frente a todos sus miembros. Esa afirmación fue rechazada por la accionada.

Las pruebas dan cuenta de dos aspectos esenciales. En primer lugar, el tratamiento otorgado al caso por parte de las autoridades de la escuela implicó la censura de un acto personal que, si bien contravino el código de conducta de la institución educativa, no pierde su carácter de íntimo y privado, pues afecta

uno de los espacios más reservados de la autonomía de las personas, su intimidad sexual. Además, la situación no solo ameritaba el tratamiento reservado que en principio siguió la escuela, sino también un protocolo que permitiera ofrecer un tratamiento psicológico y social adecuado ante la falta cometida. Los argumentos de los directivos mostraron que, tratándose del primer curso mixto, la institución no estaba preparada para enfrentar esta clase de situaciones. Habría sido necesario que la entidad, como institución académica, empleara un enfoque educativo para tratar este tipo de conductas.

Las autoridades de la escuela debían haber valorado las condiciones bajo las que ocurrió la falta disciplinaria para establecer una sanción, dado que el caso implicaba una afectación intensa del derecho a la intimidad de los estudiantes, que estaban en proceso de formación profesional y personal. Estrategias como la reserva de la identidad, el acompañamiento por parte de personal psicológico y de trabajo social, la concurrencia de la familia —para los menores de edad— y la custodia del material probatorio, en asuntos en que se compromete la integridad personal y la honra de los estudiantes, constituyen elementos que deben ser considerados por las autoridades educativas.

Por otra parte, la falta cometida, a pesar de ser reprochable disciplinariamente por parte de las autoridades, no afectó a terceros, es decir, a la comunidad estudiantil y fue reconocida por los propios infractores. Este último aspecto resulta trascendente para valorar el tratamiento y la proporcionalidad que la entidad accionada otorgó a la sanción.

3. La potestad disciplinaria de las instituciones educativas debe seguir ciertos parámetros. Uno de ellos es el principio de proporcionalidad en relación con la falta y la sanción que le corresponde. La accionada vulneró el derecho al debido proceso de los accionantes por impartir una sanción que no respetó el principio de proporcionalidad.

La facultad sancionatoria de una autoridad educativa debe constatar: que se persiga un fin legítimo, que la sanción sea adecuada y necesaria para la realización del fin, y que exista una correspondencia entre la conducta y la sanción. En este caso, la Escuela Militar buscó a través del ejercicio de su potestad disciplinaria hacer cumplir con su código académico y disciplinario, que establece un código de honor del alumno. La sanción impuesta a los demandantes fue adecuada, en el sentido en que los estudiantes que no cumplen con el reglamento académico y disciplinario e incurrir en una de las faltas gravísimas descritas deben ser expulsados para mantener la convivencia armónica y el código de honor. No obstante, la Corte entendió que la sanción era innecesaria y que no existía correspondencia entre el medio y el fin, por dos razones fundamentales. Primero, la infracción hace referencia a un acto sexual íntimo que no afectó a terceros ni a la comunidad académica en general, lo que demuestra que, entre el derecho a la intimidad sexual de los accionantes y la protección de la convivencia educativa, debía privilegiarse la protección de la intimidad, dada la falta de trascendencia que tuvo en la comunidad estudiantil. Por otra parte, tampoco existió una correspondencia entre la sanción y la finalidad que buscaba proteger, ya que los accionantes habían aceptado la infracción ante

los directivos de la institución, lo que —de acuerdo con su propio reglamento— constituía un atenuante de la sanción que no fue aplicado. La sanción no ajustó al principio de proporcionalidad, pues se constató que el criterio se había basado en apreciaciones personales. Por lo tanto, la autoridad accionada vulneró el derecho al debido proceso de los accionantes.

4. La Corte amparó los derechos a la intimidad y al debido proceso de los accionantes y dejó sin efectos el procedimiento disciplinario y las correspondientes sanciones.

La Corte ordenó reiniciar el trámite sancionatorio con respeto de la intimidad de los accionantes y acompañamiento profesional, familiar e institucional. Además, dispuso que el eventual proceso disciplinario debería basarse en el principio de proporcionalidad de la sanción, así como en las demás garantías del debido proceso, y según un enfoque educativo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela formulada por MM e YY c. la Escuela Militar, sentencia T-364/18, del 4-9-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-364-18.htm>.



Derecho a la salud. Afiliación al sistema de seguridad social en salud de un extranjero no regularizado. Carencia actual de objeto por hecho sobreveniente. (Colombia).

Antecedentes del caso: un ciudadano venezolano entró a Colombia como turista con la intención de obtener la ciudadanía colombiana. Desde hacía tres meses antes del momento en que presentó la acción de tutela, el hombre no tomaba la medicación diaria para tratar el HIV que le había sido recetada en Venezuela, por falta de recursos económicos. Acudió a la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta para solicitar los fármacos que necesitaba, pero no se los entregaron.

Interpuso una acción de tutela contra la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta. Alegó que habían vulnerado sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y el mínimo vital, y solicitó que se ordenara entregarle los medicamentos para el tratamiento del HIV, pues su salud se deterioraba día tras día.

La Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta sostuvo que no había vulnerado los derechos del accionante y que no le competía la prestación de servicios de salud (conf. art. 31 de la Ley 1122/2007). Expresó que para acceder a la prestación era necesario afiliarse, tener un documento de identidad válido y cumplir otros requisitos legales. En caso de que la persona careciera de capacidad de pago, podría lograr su afiliación al régimen subsidiado de salud. Destacó que en este caso la afiliación no había sido posible por negligencia del accionante a la hora de regularizar su estatus

migratorio. Por otra parte, explicó que en razón de la migración masiva de ciudadanos venezolanos a Colombia se flexibilizó la regularización, y mediante Resolución 5797/2017 se creó el Permiso Especial de Permanencia (PEP). Para obtenerlo basta demostrar que el ciudadano extranjero a) se encontraba en territorio colombiano a la fecha de la resolución; b) ingresó al país con pasaporte por algún puesto de control migratorio habilitado; c) no tiene antecedentes judiciales nacionales ni internacionales, y d) no tiene una orden de expulsión o deportación vigente. Aseguró que se trataba de un trámite expedito.

El Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Santa Marta denegó el pedido. Aplicó las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en el precedente T-314/2016 y concluyó que no hubo violación de los derechos fundamentales del accionante, ya que la negativa de las entidades accionadas no estuvo basada en el hecho de que el individuo fuera extranjero, sino en que no tenía un documento válido para iniciar la afiliación y acceder a los servicios de salud. La sentencia no fue impugnada.

El proceso fue escogido para su revisión por la Sala de Selección de Tutelas. Como criterios de selección se indicaron la exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental y la urgencia de proteger un derecho fundamental.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia y declaró la carencia actual de objeto por circunstancias sobrevinientes en el caso.

Exhortó a la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta a que brindara atención urgente en casos de enfermedades graves, a través de la red pública de servicios, de acuerdo con los criterios médicos y de conformidad con la normativa vigente, de tal forma que no se pongan en riesgo los derechos fundamentales de las personas que acuden a sus servicios.

1. La sentencia del juez de primera instancia fue adversa a los intereses del accionante. Sin embargo, no fue impugnada.

La autoridad de migración informó a la Corte Constitucional que, con posterioridad al fallo de tutela, el accionante había realizado el trámite del PEP para permanecer en Colombia hasta por dos años y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención a menores de edad, en los niveles nacional, departamental y municipal. La Corte constató que con el PEP el accionante es un contribuyente activo del sistema de salud y de E. P. S. Sanitas. A su vez, Sanitas informó que había autorizado servicios en favor del accionante, como medicamentos, preservativos y práctica de exámenes en laboratorio clínico, y que había sido asociado al programa “Cuidando mi vida”, que ofrece tratamiento integral a pacientes diagnosticados con HIV. También se comprobó el diagnóstico de HIV, certificado desde febrero de 2015, que inició el tratamiento con antirretrovirales en mayo de 2015, y que al tiempo de pronunciarse no experimentaba síntomas.

2. La Corte encontró acreditados los requisitos de legitimación activa, legitimación pasiva, subsidiariedad e inmediatez. La intervención de la Justicia constitucional resultó procedente, por lo que la Corte realizó un estudio sobre el fondo, para determinar si los derechos fundamentales a la salud y a la vida del

accionante extranjero sin estatus migratorio definido en el país habían sido vulnerados por parte de la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta, por no ordenar que se examinara al paciente para comprobar el diagnóstico de HIV ni si el pedido debía atenderse con urgencia.

Tras recabar la información, la Sala analizó si se configuraba el fenómeno de carencia actual de objeto.

3. Reglas para el acceso a servicios de salud de los extranjeros en Colombia.

El art. 13 de la Constitución Política (CP) consagra el principio de igualdad ante la ley de los nacionales que se hace extensivo a extranjeros en virtud del art. 100 CP, que reconoce sus derechos y garantías.

La Ley 1438/2011 dispone que todos los residentes deben ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece el procedimiento para la prestación del servicio, en los regímenes contributivo o subsidiado, sin que la capacidad de pago o la condición de nacional o extranjero determinen el reconocimiento del derecho fundamental a la salud. No garantiza el acceso al servicio ni el derecho a la salud de quienes no están vinculados al sistema y que, por una u otra razón, no tienen los medios económicos suficientes para hacerlo, por lo que puede incurrirse en discriminaciones. Sin embargo, cualquier persona tiene derecho a un mínimo de atención en salud —el servicio de urgencias—, que debe prestarse a los extranjeros no residentes en caso de que la persona no cuente con un medio alternativo ni con recursos para costearlo y si se trata de un caso grave y excepcional. Ello no exime a los extranjeros de la obligación de adquirir un seguro médico o un plan voluntario de salud una vez que sean atendidos por el servicio de urgencia y, además, de cumplir con los requisitos para la afiliación al sistema, como aclarar su estatus migratorio, a fin de obtener un servicio integral.

Garantizar la atención de urgencias a los migrantes en situación de irregularidad tiene la finalidad objetiva y razonable de asegurar que todas las personas, incluidos los extranjeros, reciban una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, que permita que sus necesidades primarias sean cubiertas y se respete su dignidad humana.

4. Concepto de urgencia y competencia de entidades para la prestación del servicio.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), una urgencia es la aparición fortuita, en cualquier lugar o actividad, de un problema de salud, de causa diversa y gravedad variable, que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención por parte del sujeto que lo sufre o de su familia. En Colombia, el Decreto 780/2016 define urgencia como la alteración de la integridad física y/o mental de una persona por un trauma o enfermedad que requiera atención médica inmediata y efectiva, a fin de disminuir los riesgos de invalidez y muerte. Según la Resolución 6408/2016 del Ministerio de Salud y Protección Social, la atención de urgencias es la modalidad de prestación de servicios de salud para usuarios que presenten alteraciones físicas, funcionales o mentales, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad, que comprometan su vida o funcionalidad. Finalmente, la Ley 100/1993 dispone que el

servicio de urgencia debe ser prestado en forma obligatoria por todas las entidades que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago, sin contrato ni orden previa.

Esto significa que ninguna entidad prestadora de servicios de salud puede abstenerse de brindar atención de urgencia.

Conforme a la Ley 1122/2007, las Secretarías de Salud Territoriales no prestan servicios asistenciales directamente, pero deben gestionar el trámite a través de la red para la prestación de los servicios de salud, sin discriminación de ninguna índole ni requisitos previos. Su omisión puede vulnerar derechos y en ese caso merece las sanciones que las normas dispongan.

La atención de salud para la población no incluida en el sistema, como la población migrante en situación irregular, en algunos casos excepcionales puede incluir el tratamiento de enfermedades graves por ejemplo el cáncer, cuando sea indispensable, no pueda retrasarse sin poner en riesgo la vida del paciente y sea requerida por el médico tratante.

Además, deben adoptarse medidas eficaces de salud pública (vacunaciones, atención de enfermedades de contagio directo), para garantizar el propósito preventivo, proteger la salud y la salubridad pública, y promover el bienestar general de quienes llegan al país y de la comunidad que recibe.

5. El fenómeno de carencia actual de objeto.

Toda persona puede exigir ante los jueces, mediante un procedimiento preferente, la protección oportuna de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En consecuencia, si los jueces ante quienes se promueva la acción de tutela deberán disponer las medidas necesarias y pertinentes a fin de proteger los derechos invocados.

La acción de tutela es el mecanismo idóneo para salvaguardar al solicitante en caso de violación o amenaza grave e inminente de sus derechos fundamentales. Pero debe presentarse antes de que la situación que genera la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados sea superada o de que el daño se haya producido.

Cuando, sin intervención de la accionada, la vulneración ya no tiene lugar, sea porque el actor asume la carga que no le correspondía o porque pierde interés en el resultado del proceso, el juez debe declarar la carencia actual de objeto por situación sobreviniente. Sin embargo, puede tomar medidas como la repetición del costo asumido o iniciar un proceso disciplinario por negligencia. Puede hacer lugar a un orden preventiva para corregir las decisiones judiciales de instancia, o simplemente para aclarar las causas que motivan la decisión en revisión.

6. En este caso, se debió establecer si la negativa de la entidad accionada había vulnerado los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y al mínimo vital del accionante.

La Corte concluyó que la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta vulneró los derechos fundamentales del accionante pues omitió prestarle a través de la red pública de servicios la atención de urgencias requerida para tratar la enfermedad grave

del paciente con los medicamentos prescritos por el médico tratante. La conducta de la entidad pública fue negligente y contraria a los postulados constitucionales, en la medida en que no actuó según sus competencias para identificar y atender la necesidad de atención en salud requerida por el accionante.

No se ordenó la entrega de los insumos médicos pretendidos por el extranjero pues, durante el periodo de revisión, se constató que había logrado regularizar su situación migratoria y pudo ser registrado en el Sistema de Salud colombiano bajo el régimen contributivo como afiliado de Sanitas, que atendió debidamente las necesidades de su enfermedad.

Por lo tanto, la Corte declaró la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, ya que el accionante se afilió al sistema de salud colombiano y Sanitas prestó debidamente su servicio. No hay motivos para proseguir el estudio de la causa ni deben tomarse medidas de reparación ya que los derechos del accionante están protegidos.

No obstante, dado que la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta no realizó los procedimientos necesarios para establecer la situación de salud del solicitante, y que el hecho vulneró los derechos fundamentales del actor, se exhortó a la entidad a que se abstenga de incurrir en conductas que desconozcan la atención sanitaria mínima a la que tienen derecho los extranjeros en Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Acción de tutela formulada por Rodrigo c. la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta, sentencia T-025/19, del 29-1-2019, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-025-19.htm>.



Derecho a la salud. Menores. Derecho a la vida digna. Derecho a la igualdad. Derecho a la integridad física. Derecho a la vida en condiciones dignas. (Colombia).

Antecedentes del caso: Laura Daniela Abril Villareal, de seis años, tenía un fibroma de 2 cm. de diámetro en el lóbulo de una oreja. Un cirujano plástico adscrito a Nueva E. P. S. indicó que debía realizarse una “resección de tumor benigno área especial”. La madre de la menor presentó ante Nueva E. P. S. varias solicitudes para que autorizaran de modo urgente la cirugía. El pedido fue rechazado porque consideraron que la lesión correspondía a un tumor benigno en el lóbulo que no dificultaba o alteraba el sentido de la audición, y que la intervención quirúrgica tenía un objetivo estético y no funcional. Además, aseguraron que no estaba incluida en el Plan de Beneficios.

La madre, en representación de su hija, interpuso una acción de tutela contra Nueva E. P. S. Consideró que la entidad había vulnerado sus derechos fundamentales

a la salud, a la vida digna, a la igualdad y la integridad física, por haberse negado a autorizar la intervención quirúrgica con el argumento de que tenía un objetivo estético y no funcional. Agregó que, en razón de la negativa, su hija había sufrido tratos discriminatorios en repetidas ocasiones. Aseguró que todo ello había perjudicado el normal desarrollo de su vida personal, de su autoestima y la relación con sus compañeros. Estimó que, si no se realizaba la intervención, se desconocerían los derechos y garantías a la salud, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas de su hija, cuyo interés, como sujeto de protección reforzada, prevalece sobre los demás. Solicitó que se le ordenara a la entidad autorizar de manera urgente la cirugía y el tratamiento integral que fuera necesario, y que se cubrieran los gastos de transporte, alojamiento y alimentación de su hija y un acompañante en el lugar donde se fuera a llevar a cabo la operación.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní denegó el amparo. Consideró que la decisión de no realizar el procedimiento no afectaba la salud o la vida digna de la menor. Además, señaló que la accionante no había acreditado que no pudiera pagarlo. Por otra parte, estimó que se había incumplido el requisito de inmediatez previsto para que procediera el amparo, porque habían transcurrido seis meses entre la negativa de Nueva E. P. S. y el planteo de la accionante. La sentencia no fue impugnada.

La Corte Constitucional escogió el fallo para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó el fallo de instancia única. Concedió la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad y la integridad física de la menor.

Ordenó a Nueva E. P. S. que autorizara la realización de la operación y garantizara los demás servicios necesarios para el restablecimiento integral de la salud física y psicológica de la niña, como cuidados posoperatorios y alojamiento con un acompañante.

1. La Sala debió determinar si Nueva E. P. S. había vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas de la menor cuando se negó a autorizar la operación por ser de carácter estético y no funcional.

2. La Sala determinó que se había cumplido con el requisito de legitimación activa y pasiva.

También encontró acreditado el requisito de inmediatez. El amparo se interpuso seis meses después de que la entidad notificara a la madre la decisión de no autorizar la cirugía. La Sala estimó que resultaba un plazo razonable, ya que estaban comprometidas las garantías fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional. Además, observó que la presunta violación de los derechos fundamentales de la menor permanecía en el tiempo y mantenía una situación de vulnerabilidad continua que exigía la intervención urgente del juez de tutela. Sobre la materia, la jurisprudencia ha precisado que la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales amenazados por acción o por omisión de la autoridad pública o particular. Ese

objetivo no se agota con el paso del tiempo, sino que continúa vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar un daño irreparable.

La acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria (art. 86 de la Constitución Política, CP). Su procedencia está condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o a que el medio disponible no sea idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante, o a que, a pesar de que exista otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela sea un recurso transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La procedencia de la tutela es más evidente cuando se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

Respecto de la subsidiariedad, algunas salas de revisión de la Corte han considerado que el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) para que, de manera definitiva, se garantice el suministro de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos en el plan de beneficios. Dado que este caso afectaba los derechos fundamentales de un sujeto de protección constitucional especial por su edad, la Sala estimó que el procedimiento establecido en las leyes 1122/2007 y 1438/2011 —que otorgó facultades jurisdiccionales a la SNS para resolver controversias entre las E. P. S. y sus afiliados— no estaba reglamentado de acuerdo con la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751/2015. Por eso, consideró que no era un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz. La Sala declaró cumplido el requisito de subsidiariedad y reconoció que la acción de tutela procedía en este caso como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales por la necesidad prioritaria de garantizar los derechos de un menor.

3. Para analizar el caso concreto, la Sala advirtió que, a partir de las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, se puede sostener que las prestaciones derivadas del servicio de salud se dividen en tres grandes categorías: a) servicios y tecnologías que se encuentran incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud (P. B. S.), b) servicios y tecnologías que están taxativamente excluidos del P. B. S. y c) servicios y tecnologías que no se encuentran incluidos, pero que tampoco han sido excluidos del P. B. S.

El procedimiento quirúrgico en cuestión no está expresamente excluido del P. B. S. En este caso, la Sala declaró satisfechos los requisitos para inaplicar las normas que excluyen algún tipo de prestación médica, sobre todo porque el servicio médico invocado no se circunscribe a un asunto puramente estético, sino a salvaguardar el derecho a la salud física y emocional en relación con la dignidad humana de una menor. La familia, la sociedad y el Estado deben garantizar a los menores una vida digna y de calidad, sin abusos, maltratos ni arbitrariedades.

4. De acuerdo con lo anterior, la entidad no puede fundamentar su negativa en que la cirugía tiene un objetivo estético y no funcional. Según el derecho internacional, la Constitución y la jurisprudencia en la materia, la decisión conlleva una clara y manifiesta vulneración del derecho a la salud en relación con la dignidad

humana de la menor, ya que no autorizar el procedimiento quirúrgico repercute de modo negativo en su bienestar emocional y psicológico.

Tal como expuso la accionante en su escrito de tutela, la lesión provocó que la niña fuera sometida constantemente a burlas y bromas de mal gusto. Esta afirmación no fue controvertida por la demandada. La Sala consideró razonable que un fibroma protuberante de 2 cm. de diámetro en el lóbulo de la oreja pueda generar burlas de otros niños y perturbar el desarrollo personal y la autoestima de la menor.

La Corte, en su precedente T-307/2006, abordó el caso de un menor que padecía malformaciones congénitas benignas en sus orejas, pero que no le generaban un daño funcional. Sin embargo, las burlas que sufría lo afectaban psicológicamente. La Sala de Revisión tuteló el derecho a la dignidad humana del niño y le ordenó a la E. P. S. accionada realizar el procedimiento quirúrgico para restablecer su salud.

En este caso resultó necesario partir de un concepto amplio e integral del derecho a la salud, que excediera lo puramente funcional y orgánico e incluyera la dignidad humana de quienes deben ser especialmente protegidos por el Estado.

5. La cirugía favorecerá la protección de la dignidad humana de la niña, es decir, su salud psíquica y social. Desde ese punto de vista, no se puede calificar el procedimiento como estético, pues la lesión repercute de forma negativa en su salud integral.

6. Además, se argumentó que la accionante no había acreditado la falta de capacidad económica para pagar la cirugía y los gastos derivados. Sin embargo, dado que la base de cotización a la seguridad social de la madre correspondía a un salario mínimo y que es jefa de familia, los ingresos apenas le alcanzan para garantizar su subsistencia. La Sala consideró evidente que la accionante no podía costear la operación y los gastos derivados.

7. La Sala revocó la sentencia que denegó el amparo y protegió los derechos fundamentales a la salud integral y la vida digna de la menor. En consecuencia, le dio a Nueva E. P. S. un plazo de 48 horas para iniciar el procedimiento de autorización de la cirugía, que debe practicarse en un plazo máximo de dos meses. Además, le ordenó garantizar los demás servicios vinculados con la intervención, como cuidados posoperatorios y transporte y alojamiento de la menor y su acompañante.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por *Sandra Liliana Villareal López en representación de su hija menor Laura Daniela Abril Villareal c. Nueva EPS*, sentencia T-010/19, del 22-1-2019, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-010-19.htm>.



Derecho a la salud. Personas privadas de su libertad. Enfermedad psiquiátrica grave contraída durante la ejecución de la pena. Ausencia de formas alternativas de ejecución. Tratos inhumanos o degradantes. Trato desigual respecto de las enfermedades físicas. (Italia).

Antecedentes del caso: a raíz de un juicio iniciado por un detenido que se vio afectado por una enfermedad psíquica grave durante su estancia en prisión, y a quien aún le faltan cumplir cuatro años de la pena impuesta, la Corte de Casación planteó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad del art. 47.ter, inc. 1.ter, de la ley n.º 354/1975, que regula el régimen penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad. El artículo no prevé la aplicación del arresto domiciliario en las hipótesis de enfermedad psíquica grave contraída durante la ejecución de la pena. La Corte de Casación lo consideró violatorio de los arts. 2, 3, 27 y 32 de la Constitución italiana y de su art. 117.1 en relación con el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Según el juez *a quo*, la normativa actual no ofrece formas de ejecución de la pena alternativas a la detención en prisión, salvo la posibilidad de ser asistido en uno de los espacios para la tutela de la salud mental establecido dentro del circuito penitenciario, de acuerdo con el art. 65 del ordenamiento penitenciario. La imposibilidad de ubicar al detenido fuera de la cárcel en un caso como este comportaría, en relación con los parámetros constitucionales internos, un tratamiento contrario al sentido de humanidad y lesivo del derecho inviolable a la salud (arts. 2, 27.3 y 32 de la Constitución) y un trato inhumano y degradante (art. 117.1 de la Constitución en relación con el art. 3 de la CEDH). También resultaría vulnerado el art. 3 de la Constitución por trato desigual de personas portadoras de una enfermedad psíquica que inhibe el entendimiento y la voluntad, aun cuando puedan ser peligrosos para la sociedad. El ordenamiento prevé para estas personas la rehabilitación fuera de la cárcel, en residencias especiales para la ejecución de las medidas de seguridad (REMS). Habría, además, un trato desigual en relación con las personas condenadas que sufren una enfermedad física grave y les falta cumplir un número análogo de años de la pena. Pueden acceder tanto a la suspensión de la ejecución de la pena, en virtud del art. 147 del Código Penal (CP), como al arresto domiciliario.

Sentencia: la Corte Constitucional declaró que el art. 47.ter, inc. 1.ter, de la ley n.º 354/1975 es inconstitucional.

Actualmente, el art. 148.1 CP relativo a los casos en que el condenado adquiere una enfermedad psíquica durante su detención resulta inaplicable, porque ha sido superado por las reformas legislativas que, pese a no haberlo derogado expresamente, lo han vaciado completamente de contenido. En efecto, el artículo prevé que el juez pueda ordenar la suspensión o el aplazamiento de la pena y la internación en un hospital psiquiátrico judicial, un establecimiento sanitario y de custodia, o bien, en ciertas hipótesis, un hospital psiquiátrico civil, en los casos de

enfermedades psíquicas contraídas después de la condena que, por su gravedad, impidan la ejecución de la pena dentro de la cárcel.

El artículo refleja un enfoque sobre la enfermedad mental típico de la época en que fue escrito, es decir, basado en la internación. En ese contexto, los detenidos con enfermedades psiquiátricas podían ser alejados de la cárcel a fin de ser internados en otro lugar junto con personas igualmente enfermas y sin perspectivas de volver a integrarse en la vida social, debido a las dificultades que podía generar la convivencia con los demás detenidos en un ambiente restringido. No obstante, la disposición nunca fue derogada formalmente, pero todos los institutos a los que se remite han desaparecido en virtud de reformas legislativas que reflejan un cambio de paradigma cultural y científico en el tratamiento de la salud mental.

En efecto, los hospitales psiquiátricos civiles fueron cerrados hace más de cuarenta años por la Ley n.º 180/1978 (ley Basaglia), y los hospitales psiquiátricos judiciales (HPJ) y establecimientos sanitarios y de custodia han sido eliminados del ordenamiento jurídico a partir de 2015, después de un largo itinerario legislativo iniciado en 2008, por haberse demostrado su falta de idoneidad para garantizar la salud mental de los internos.

Entretanto, el legislador instituyó las REMS a nivel regional, cuya gestión es exclusivamente sanitaria. Sin embargo, no están destinadas a acoger a los condenados cuya enfermedad mental se manifieste durante la detención. Para personas en esa circunstancia, el ordenamiento no ofrece alternativas a la cárcel. Por ello, el establecimiento de las REMS no ha satisfecho las necesidades que surgieron tras el cierre de los HPJ.

Por otra parte, los enfermos psiquiátricos tampoco pueden beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la pena en virtud del art. 147.1, 2 CP, porque la disposición concierne solo a los casos de enfermedad física grave. Además, el artículo no deja margen para una interpretación diferente, que pueda ser aplicada también a los detenidos afectados por patologías psíquicas, ni pueden beneficiarse del arresto domiciliario. Por tanto, la falta de alternativas a la cárcel para los detenidos con enfermedades psiquiátricas graves contraídas durante la detención viola los principios constitucionales invocados por la Corte de Casación.

La enfermedad psíquica es causa de sufrimiento tanto como la enfermedad física. En efecto, el derecho fundamental a la salud establecido en el art. 32 de la Constitución comprende no solo la salud física, sino también la salud psíquica, a la cual el ordenamiento debe brindar un grado de tutela idéntico.

La Corte señaló que justamente debido a la reclusión las patologías — sobre todo psíquicas— pueden agravarse. El sufrimiento impuesto por la situación carcelaria se agudiza en las personas enfermas, y, en casos extremos, determina una verdadera incompatibilidad entre la reclusión y el trastorno mental.

Si es cierto que la tutela de la salud mental de los detenidos exige intervenciones complejas e integrales basadas en el fortalecimiento de las estructuras sanitarias dentro de la cárcel, también es cierto que el ordenamiento debe prever soluciones terapéuticas externas, al menos en casos de comprobada incompatibilidad con el

ambiente carcelario. Para estos casos graves, el ordenamiento debe prever medidas alternativas a la detención carcelaria que el juez pueda disponer según cada caso, de acuerdo con la tutela de la salud de los enfermos psiquiátricos y la peligrosidad del condenado, de modo que se respeten las exigencias de seguridad colectiva.

La Corte Constitucional reconoció que es tarea del legislador completar de la mejor manera la reforma del ordenamiento penitenciario en el ámbito de la salud mental, mediante la previsión de estructuras internas y externas a la cárcel. No obstante, consideró que no podía eximirse de intervenir a fin de reparar la violación de los principios constitucionales denunciada por el juez remitente, para retomar inmediatamente un equilibrio adecuado entre las exigencias de seguridad colectiva y la necesidad de garantizar el derecho a la salud de los detenidos y asegurar que ningún condenado —menos aún uno enfermo— esté obligado a cumplir la pena en condiciones contrarias al sentido de humanidad. Por ello, la medida alternativa del arresto domiciliario “humanitario” identificada por el juez remitente resulta adecuada para colmar las falencias nombradas.

La Corte Constitucional reconoció que el arresto domiciliario no constituye una medida alternativa a la pena, sino una pena alternativa a la detención, o, también, una modalidad de ejecución de la pena. Por ello, el arresto domiciliario no equivale a regresar a casa ni a ser puesto en libertad. Si bien el detenido sale de la cárcel, el arresto domiciliario supone severas limitaciones a la libertad personal, ya que el juez establece ciertas condiciones y modalidades de desarrollo y determina el lugar de detención —que puede ser distinto al de la propia residencia si resulta más adecuado para conciliar las exigencias de tutela de la salud del enfermo, de seguridad, y el interés de la persona ofendida por el delito—. En definitiva, el arresto domiciliario es capaz de brindar alivio a los enfermos más graves, a quienes la cárcel provoca un grado de sufrimiento incompatible con el sentido de humanidad. Además, la prisión domiciliaria permite establecer un equilibrio entre limitaciones, obligaciones y autorizaciones, según las exigencias de cada caso, en pos de fines terapéuticos y de protección, sin desatender las exigencias de los familiares ni la seguridad colectiva.

La variedad de los cuadros clínicos y de las condiciones sociales y familiares de los detenidos con enfermedades psíquicas exige, de parte del juez, una atenta evaluación de cada caso. El juez debe verificar —sobre la base de las estructuras y servicios sanitarios ofrecidos dentro de la cárcel y de las exigencias de salvaguardia de los demás detenidos y de todo el personal de los institutos penitenciarios— si el afectado por una enfermedad psíquica grave está en condiciones de permanecer en la cárcel o debe ser destinado a un lugar externo en virtud del art. 47.ter, inc. 1.ter, del ordenamiento penitenciario, a menos que el juez considere que las exigencias de la seguridad pública deben prevalecer.

CORTE COSTITUZIONALE DE ITALIA, sentencia n.º 99, del 20-2-2019, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.



Derecho a la seguridad social. Derecho a la salud. Derecho a la vida en condiciones dignas. Acceso a servicios y medicamentos excluidos del plan de beneficios. Principio de continuidad e integralidad en el servicio público de salud. (Colombia).

Antecedentes del caso: en 2017, la médica tratante de Leidy Viviana Claro Carrillo determinó que debía ser intervenida de urgencia con un bypass gástrico por laparoscopia. Explicó que su paciente debía ser operada como prevención de otras enfermedades asociadas a la obesidad mórbida (diabetes, hipertensión arterial, alteraciones en las articulaciones, etc.).

La Entidad Prestadora de Salud Medimás, a la que la paciente estaba afiliada, no expidió la autorización para hacer la cirugía. Por el contrario, impuso una serie de requisitos administrativos de difícil cumplimiento, como tener que trasladarse desde Acacías a Bogotá para suscribir formularios, cuando la paciente no contaba con recursos económicos.

Claro Carrillo interpuso una acción de tutela contra la E. P. S. Medimás, la Sociedad de Cirugía de Bogotá —Hospital San José— y el Hospital Departamental de Villavicencio por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas, la seguridad social, la igualdad y la dignidad humana. Como medida transitoria, solicitó que se ordenara a la E. P. S. Medimás autorizar y programar la cirugía, así como los demás servicios médicos relacionados.

El 11 de diciembre de 2017, el Juzgado 1.º Promiscuo Municipal de Acacías declaró improcedente la protección constitucional solicitada. Argumentó que, si bien la solicitante había cumplido con buena parte de los requisitos exigidos por la E. P. S. Medimás y su enfermedad había sido acreditada, le faltaba satisfacer algunos protocolos administrativos de la entidad que no podían obviarse, como completar un formulario de autorización en Bogotá. Consideró indispensable que la accionante cumpliera con todos los requerimientos de la E. P. S. Medimás para autorizar el procedimiento médico, ya que los protocolos administrativos facilitan el control de las solicitudes de los pacientes.

El proceso fue escogido para su revisión, dada la urgencia en la protección de un derecho fundamental vulnerado.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia del Juzgado 1.º Promiscuo Municipal de Acacías. En su lugar, concedió la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas de Leidy Viviana Claro Carrillo. Ordenó a la E. P. S. Medimás que autorizara el procedimiento médico, de acuerdo con el diagnóstico de la médica tratante. Una vez programada la cirugía, la E. P. S. Medimás debe comunicar la fecha a la accionante para que pueda organizar con suficiente antelación su traslado a Bogotá.

1. La solicitud de amparo cumple con los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad. Además, tiene relevancia constitucional pues no se respetaron los

derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas, la seguridad social, la igualdad y la dignidad humana.

2. La pretensión de la accionante está específicamente dirigida a que la E. P. S. Medimás autorice el procedimiento.

3. La cirugía no forma parte de los servicios del Plan de Beneficios en Salud, pero tampoco está excluida. El juzgado podría autorizar un procedimiento no incorporado expresamente en el plan, porque, dado que la intervención es indispensable para mejorar las condiciones de salud y de vida digna de la actora, el procedimiento médico no puede ser suplido por otro del Plan de Beneficios en Salud, la operación ha sido dispuesta por su médica tratante y se probó la falta de recursos económicos de la actora para pagarla.

4. La Corte consideró, además, que las cargas administrativas impuestas por la E. P. S. Medimás para autorizar el procedimiento eran desproporcionadas y arbitrarias, dado que la solicitante no cuenta con los medios económicos ni con la movilidad suficiente para transportarse continuamente a Bogotá y cumplir con las exigencias administrativas de la prestadora. Por tanto, la E. P. S. Medimás tiene la obligación de hacerle llegar los documentos necesarios para aprobar la cirugía.

5. La Corte concedió el amparo invocado. Ordenó a la E. P. S. Medimás la autorización del procedimiento médico requerido, de acuerdo con el diagnóstico y el dictamen de la médica tratante, e indicó que deberá informar a Claro Carrillo la fecha de la intervención.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Novena de Revisión, acción de tutela formulada por Leidy Viviana Claro Carrillo c. la E. P. S. Medimás, la Sociedad de Cirugía de Bogotá —Hospital San José— y el Hospital Departamental de Villavicencio, sentencia T-322/18, del 6-8-18, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-322-18.htm>.



Derecho a la seguridad social. Pensión. Veteranos de guerra. Discapacitados. Derechohabientes. (Paraguay).

Antecedentes del caso: María Dolores Ayala Espínola es heredera del veterano de la guerra del Chaco Manuel Ayala Silvero (muerto en 1990). Además, fue declarada discapacitada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Tumo de Villarrica, sobre la base del diagnóstico médico de trastorno neurológico y retardo mental moderado. Con esos motivos, solicitó que le fuera otorgada una pensión.

A pesar de reunir los requisitos constitucionales para acceder al beneficio, el Ministerio de Hacienda se lo denegó porque la solicitud fue presentada en 2013, cuando ya habían pasado más de diez años de la muerte del veterano. Fundamentó

su decisión sobre la base de que el art. 659 del Código Civil dispone que las acciones personales prescriben a los diez años.

Benigno Ayala Espínola, en nombre y representación de su hermana María Dolores Ayala Espínola, promovió, ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, una acción de inconstitucionalidad contra la Resolución DPNC 5378 de diciembre de 2013, que le negó a la mujer el derecho a obtener una pensión como hija discapacitada de un veterano de la guerra del Chaco. Sostuvo que el art. 130 de la Constitución Nacional no determinaba ningún plazo para reclamar la pensión, pero que sí exigía la certificación del parentesco alegado, que había sido demostrada fehacientemente. Por ello, consideró que la renuencia del Ministerio de Hacienda constituía una restricción arbitraria de la norma constitucional y del derecho reconocido.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de Paraguay hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad y declaró la inaplicabilidad de la Resolución DPNC 5378, dictada por la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda, por violar el art. 130 de la Constitución Nacional.

1. Voto de la Dra. Miryam Peña Candia:

La accionante fundó su agravio en que la resolución impugnada es inconstitucional porque limita su derecho como heredera discapacitada de un veterano de la guerra del Chaco con base en el plazo de prescripción de diez años.

La intención del art. 130 de la Constitución Nacional es que la pensión beneficie los herederos, sin otro requisito que la certificación fehaciente del derecho invocado. Así, en los beneficios económicos les sucederán las viudas e hijos menores o discapacitados, que solo deben demostrar el parentesco. No se hacen discriminaciones de ningún tipo, ni relacionadas con el porcentaje, ni con la edad, ni con el tiempo establecido para realizar el reclamo. Por eso, la administración no puede aplicar una norma contraria al espíritu constitucional para coartar un derecho protegido por la carta magna.

La función de estas normas no es restringir el postulado constitucional, sino establecer las condiciones y mecanismos para hacerlo operativo. De esta manera, los herederos pueden acceder al beneficio económico sin dilaciones y sin otro recaudo que la acreditación fehaciente del vínculo familiar, que es el único requisito al que alude la Constitución.

En consecuencia, la magistrada admitió la acción de inconstitucionalidad y declaró la inaplicabilidad de la Resolución DPNC 5378, por ser contraria al art. 130 de la Constitución Nacional.

2. El Dr. Antonio Fretes adhirió al voto de la Dra. Miryam Peña Candia por los mismos fundamentos.

3. Voto de la Dra. Gladys Bareiro de Mónica:

El art. 130 de la Constitución Nacional establece: “Los veteranos de la guerra del Chaco, y los de otros conflictos armados internacionales que se libren en defensa de la Patria, gozarán de honores y privilegios, de pensiones que les permitan vivir

decorosamente; de asistencia preferencial, gratuita y completa a su salud, así como de otros beneficios, conforme con lo que determine la ley. En los beneficios económicos les sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados, incluidos los de los veteranos fallecidos con anterioridad a la promulgación de esta Constitución. Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin más requisito que su certificación fehaciente...”.

La norma constitucional referida busca rendir honores a quienes demostraron patriotismo y valor en la defensa del país y beneficia, además, a sus herederos. El espíritu del artículo constitucional es favorecer a los beneméritos de la patria y también a sus herederos. Por lo tanto, no debe ser limitado por disposiciones administrativas sin ningún fundamento legal, porque significaría discriminar y violentar los derechos que la carta magna les acuerda.

La Corte Suprema ha sostenido en forma constante y unánime que las restricciones a los derechos económicos de los veteranos, o de sus herederos que hayan certificado su condición, son inconstitucionales, pues la ley fundamental no exige otro requisito.

Dado que María Dolores Ayala Espínola acreditó fehacientemente su calidad de hija discapacitada de un veterano de la guerra del Chaco con el informe de la junta médica del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, le corresponde recibir la pensión conforme lo dispuesto en el art. 130 de la Constitución Nacional.

Por esas razones, la magistrada hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad y declaró la inaplicabilidad de la Resolución DPNC 5378.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY, Sala Constitucional, acción de inconstitucionalidad, *Benigno Ayala Espínola, en representación de María Dolores Ayala Espínola, c. la resolución 5378 del 5-12-13 del Ministerio de Hacienda*, acuerdo y sentencia n.º 33 del 12-2-2019, en [https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/\(S\(m0k4yy45d-yzaph55xugsbd45\)\)/](https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/(S(m0k4yy45d-yzaph55xugsbd45))/).



Derecho a la tutela judicial efectiva. Asistencia jurídica gratuita. Constitucionalidad de los preceptos legales que imponen a los abogados la obligatoriedad de prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita. Derecho al trabajo. Libertad de empresa. (España).

Antecedentes del caso: cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados interpusieron un recurso de inconstitucionalidad respecto de los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo único de la Ley 2/2017, que modifica los arts. 1, 22, 25 y 30 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita.

Los recurrentes sostuvieron que el servicio de asistencia jurídica gratuita “solo debe ser obligatorio para el Estado y, todo lo más, para los Colegios Profesionales, a condición de que estos hayan sido previamente dotados de la adecuada y necesaria asignación presupuestaria, porque en caso contrario, tampoco estarán obligados a garantizar el mantenimiento de un servicio que el propio Estado no garantice”. Afirmaron también que “desde la supresión del servicio militar obligatorio, no existe en España ninguna prestación obligatoria para ningún ciudadano o ciudadana”, en referencia a otras actividades profesionales como la medicina, la construcción o la hostelería que no cuentan con una obligación similar a la que aquí se impugna. Entendieron que los preceptos impugnados vulneran los arts. 10, 14, 24, 35, 37 y 38 de la Constitución española (CE), pues a su juicio la imposición de la referida obligación era contraria a la dignidad de la persona; vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva; era discriminatoria, pues imponían a un sector de profesionales la obligación de realizar un servicio público; lesionaba el derecho al trabajo y a la libertad de empresa y limitaba el derecho a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo.

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

1. Los recurrentes alegaron que los preceptos impugnados vulneraban los arts. 10, 14, 24, 35, 37 y 38 CE. Sostuvieron que de ellos se derivaba la obligación de que todos los abogados colegiados formen parte del servicio de asistencia jurídica gratuita, lo que, a su juicio: a) atenta contra la dignidad de la persona y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad; b) impone a un sector de profesionales la obligación de realizar un servicio público, lo que supone una discriminación respecto del resto de españoles; c) infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que no se asegura que el justiciable carente de recursos sea defendido por un profesional que cuente con la necesaria especialización y formación; d) vulnera el derecho al trabajo, pues implica sustituir el principio de voluntariedad por el principio de obligatoriedad; e) limita el derecho a la negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, y f) vulnera la libertad de empresa, pues el ciudadano sigue siendo libre para colegiarse como abogado o procurador, pero pierde la libertad para decidir si se adscribe o no al sistema de justicia gratuita.

El abogado del Estado, por su parte, sostuvo que la norma impugnada no incurría en ninguna de las referidas vulneraciones y solicitó la desestimación del recurso. A su juicio, los preceptos impugnados afectan al régimen interno de organización colegial de prestación del servicio de justicia gratuita. No resulta desproporcionado que el legislador instrumente los colegios de abogados y, en consecuencia, la relación especial de sujeción a la que se hallan vinculados los profesionales para determinar las condiciones generales de prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita, dado que ese servicio responde a un principio de actuación preservado por la CE y, además, el turno es general e igualitario en sus condiciones y se prevén las oportunas indemnizaciones para quienes lo presten en cada momento.

2. Son habituales las regulaciones legales que afectan a la ordenación de las profesiones colegiadas. Los abogados y procuradores se ven directamente afectados por la Ley 34/2006 de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales; por la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia y por la Ley 2/2017, que modificó la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, cuya constitucionalidad se cuestiona en este recurso.

La Ley 22/2005, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias, reconoce el carácter especial de la relación laboral de los abogados que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un estudio, individual o colectivo, y habilita al Gobierno para que regule esa relación laboral especial. Esta habilitación se ha materializado en el Real Decreto 1331/2006, del cual se desprende que, aun cuando el ejercicio de la abogacía se realice por cuenta ajena —esto es, una labor en el ámbito de organización y dirección de otra persona que hace suyos los frutos del trabajo y por el que se recibe una retribución—, es necesario establecer una regulación específica y diferenciada de la regulación de la relación laboral común que se recoge en el Estatuto de los Trabajadores, en razón de que se dan determinadas peculiaridades o especialidades que no se concilian con la regulación de la relación laboral común. A los abogados se les reconocen derechos y se les imponen obligaciones mediante normas no estrictamente laborales que deben ejercitar o cumplir al mismo tiempo que los derechos y deberes laborales, y cuyo incumplimiento está sometido a sanción por parte de poderes ajenos a los del empleador. Este derecho y estos deberes e incompatibilidades aparecen regulados en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado mediante Real Decreto 658/2001, en el que se regula un régimen de responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de los deberes profesionales o deontológicos.

Así, el ejercicio de la abogacía trasciende los legítimos intereses empresariales protegidos por el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). La regulación legal de algunos aspectos del ejercicio de la profesión de la abogacía y la procuración en España es una exigencia derivada de los arts. 17.3, 24 y 119 CE, pues estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redundando directamente en la tutela judicial efectiva que la CE garantiza a la ciudadanía.

3. La especial posición de los abogados como colaboradores fundamentales en la función pública de la administración de justicia justifica que el art. 544.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establezca que la colegiación “será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral”.

La función de tutela de fines públicos constitucionalmente relevantes que llevan a cabo los colegios profesionales de abogados y procuradores justifica que esos colegios profesionales regulen y organicen los servicios gratuitos de asistencia letrada,

defensa y representación, en atención a que la prestación del servicio de justicia gratuita ha de organizarse en aras de la protección de un derecho constitucionalmente garantizado, como es el derecho de tutela jurisdiccional respecto de quienes carezcan de medios para litigar, conforme el art. 119 CE.

4. La argumentación dirigida a fundamentar la inconstitucionalidad de los artículos impugnados por contravenir el art. 10 CE se refiere con carácter general a todos ellos, sin analizar por separado su distinto contenido y naturaleza ni discriminar aquellos enunciados que regulan aspectos de la gestión colegial del servicio de asistencia jurídica gratuita que están dirigidos a mejorar las condiciones de los abogados o de los solicitantes del servicio, pero que no se ven afectados por el hecho de que la actividad profesional se preste de manera obligatoria o voluntaria.

No se alcanza a vislumbrar cómo el nuevo régimen jurídico puede contravenir el art. 10 CE, pues en la demanda no fundamenta por qué la obligatoriedad del servicio de asistencia jurídica en los términos previstos en la ley recurrida atenta contra la dignidad de la persona y contra el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la obligatoriedad consiste en: a) establecer que los colegios profesionales son los encargados de organizar el servicio y de dispensar al colegiado cuando existan razones que lo justifiquen (art. 1), b) encomendar a los colegios profesionales la regulación y organización de los servicios obligatorios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas, en atención a criterios de funcionalidad y de eficiencia (art. 22), y c) reconocer el pago por los servicios a favor de los profesionales que realicen la prestación.

El único motivo de fondo que expusieron los recurrentes para fundamentar la queja —que también vinculan a la vulneración del derecho al trabajo recogido en el art. 35 CE—, consiste en afirmar que “el Estado obliga al profesional no solo a formar parte del turno de oficio, sino también a prestar la asistencia desde el primer instante en que se reciba la designación provisional, aun cuando aún no haya resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita concediendo o denegando el derecho o archivando la solicitud”. El Tribunal no compartió la alegación por la que se aduce que se vulnera la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad por el hecho de que el servicio público se deba realizar desde el primer instante en que resulta necesario —como exige el art. 6 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita—, pues, como prevé el art. 18 de esa ley, en el caso de que finalmente la comisión desestimara la pretensión, “el peticionario deberá, en su caso, abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por la intervención de los profesionales designados con carácter provisional, en los mismos términos previstos en el art. 27 de la Ley”.

Por tanto, el Tribunal desestimó este motivo del recurso.

5. En relación con la vulneración del derecho a la igualdad, en la demanda se aportó como término de comparación la existencia de “otros servicios esenciales, como la sanidad pública, el orden público, la defensa nacional o el sistema educativo”, pero no se expuso qué elementos comunes constitucionalmente relevantes entre los respectivos términos de comparación justificarían la necesidad de llevar a cabo un juicio de igualdad.

El principio de igualdad en la ley o en la aplicación de la ley es vulnerado cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable por parte del poder público, pero la sola enunciación del contenido de este principio pone de manifiesto la necesidad de que, quien alegue la infracción del art. 14 CE, en cuanto consagra el derecho a la igualdad, alegue un término de comparación válido, del que se desprenda con claridad la desigualdad denunciada, porque la infracción del derecho a la igualdad no puede valorarse aisladamente. Como derecho relacional, su infracción requiere inexcusablemente como presupuesto la existencia de una diferencia de trato entre situaciones sustancialmente iguales, cuya razonabilidad o no deberá valorarse con posterioridad. El interesado debe manifestar adecuadamente esta diferencia de trato.

6. Las razones alegadas por la recurrente para inferir la vulneración del art. 24 CE parten de la afirmación de que la obligatoriedad de la prestación del servicio podría implicar la falta de especialización y formación del profesional.

Esta presunción carece de fundamento, toda vez que el art. 25 de la ley que nos ocupa dispone que el ministerio de justicia, de manera coordinada con las comunidades autónomas competentes, previo informe de los consejos generales de la abogacía y de los procuradores de los tribunales de España “establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios obligatorios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Los requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios Profesionales”. Además el Colegio tiene potestades suficientes para controlar el cumplimiento de los estándares de calidad.

En consecuencia, el Tribunal también desestimó este motivo del recurso.

7. También adujeron la vulneración del derecho al trabajo regulado en el art. 35 CE, como consecuencia de “la sustitución del principio de voluntariedad por el principio de obligatoriedad”, con el argumento de que “una cosa es que un ciudadano elija libremente la profesión de abogado, derecho que sí se sigue respetando, y otra muy distinta es que ello conlleve necesariamente la obligación de adscribirse al Turno de Oficio, derecho que ha dejado de respetarse”.

Tampoco esta alegación encuentra un fundamento constitucional, pues el hecho de que el art. 35 CE garantice que todo ciudadano que reúna las condiciones legalmente establecidas pueda acceder libremente a una profesión u oficio no quiere decir que el legislador no pueda regular ese ejercicio, cuando así lo requiera el interés general, pues “el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el art. 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino solo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1 o 38” (STC 83/1984).

Son numerosas las normas del derecho español que disciplinan, regulan y limitan el ejercicio de profesiones y oficios mediante requisitos diversos, por ejemplo, poseer determinado título académico o incorporarse a un colegio profesional, pues “el ejercicio de las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 CE y cuya simple existencia es impensable sin la existencia de una ley que las discipline y regule su ejercicio” (STC 83/1984).

Tampoco puede reconocerse relevancia a “la mísera cuantía de los baremos indemnizatorios actualmente vigentes”, pues en ninguno de los preceptos impugnados se concretan esos baremos.

Los recurrentes no aportaron argumentos jurídicos para sustentar la queja respecto de la vulneración del derecho a la negociación colectiva y del derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo. Se trata de una mera denuncia retórica que no incluye un análisis de la titularidad y ejercicio de estos derechos en el ámbito de la abogacía ni de su ejercicio en la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita antes de la reforma que se impugna.

Por ello se estimó incompleta la carga de la parte recurrente que expone los razonamientos jurídicos y los elementos de convicción que permitan corroborar su denuncia.

8. Los recurrentes consideraron que la pertenencia obligatoria al turno de oficio vulneraba la libertad de empresa (art. 38 CE). Alegaron que, aunque el ciudadano seguía siendo libre para colegiarse como abogado o procurador, había “perdido la libertad para decidir si, además, se adscribe o no al sistema de justicia gratuita, con independencia de que estén o no de acuerdo con la compensación económica que a cambio perciben, o con las condiciones de otra índole en las que se presta el servicio”.

El derecho fundamental a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE supone la exigencia de que las regulaciones públicas que afectan al ejercicio de una actividad empresarial sean adecuadas para promover un objetivo considerado constitucionalmente legítimo y que las limitaciones que tales regulaciones impongan sobre el libre ejercicio de una actividad económica no conlleven, debido a su intensidad, una privación del referido derecho (STC 89/2017).

Para determinar la conformidad de los preceptos impugnados con el art. 38 CE, el Tribunal examinó si las concretas obligaciones establecidas constituían una medida adecuada para conseguir un fin constitucionalmente legítimo, y no determinaban la privación del derecho. El control ejercido por el Tribunal se redujo a constatar que la medida restrictiva no conllevaba una limitación del derecho a la libertad de empresa que pudiera determinar un impedimento práctico de su ejercicio.

La obligatoriedad de la prestación del servicio obedece a la necesidad de asegurar el derecho constitucional a la asistencia jurídica gratuita reconocido en el art. 119 CE, cuyo contenido y condiciones de ejercicio corresponde delimitar al legislador según los intereses públicos y privados implicados y a las disponibilidades presupuestarias (STC 16/1994). De su plena efectividad y garantía dependen importantes intereses, tanto públicos como privados, vinculados al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas que carecen de medios económicos para litigar, por lo que

no resulta inconstitucional que sean los colegios de abogados los que ejerzan en este campo una función pública delegada del Estado, en los términos recogidos en los preceptos que se impugnan.

Por ello, este motivo del recurso tampoco prosperó.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 4578-2017, interpuesto por 50 Diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, contra los apartados uno, dos, cuatro y cinco del artículo único de la Ley 2/2017, que modifica los artículos 1, 22, 25 y 30 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, sentencia 103/2018 del 4-10-2018, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2018-15007.pdf>.



Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la justicia. Derecho al debido proceso. Derecho a la debida motivación de las resoluciones. Responsabilidad del Ministerio Público. Derecho de defensa. Perspectiva de género: incorporación a las decisiones judiciales y fiscales. (Perú).

Antecedentes del caso:

Carpeta 606-2014: una médica denunció a su colega Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de ofrecer resistencia. El hecho ocurrió en el Hospital Central de la Fuerza Aérea del Perú (FAP) mientras ambos estaban de guardia. Durante la investigación preliminar la accionante propuso diversas diligencias, pero la fiscal provincial penal a cargo únicamente recibió dos declaraciones, recabó un certificado médico legal y revisó los videos de seguridad del hospital. Luego, decidió no formalizar la denuncia penal contra el acusado, lo que fue avalado por el superior.

Carpeta 322-2015: tiempo después la accionante afirmó que la fiscal provincial penal había incurrido en ilícitos penales por archivar la investigación y la denunció por omisión de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad. Señaló que la investigación de esta denuncia había estado paralizada durante varios meses en la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima y que, tras el descargo de la fiscal denunciada, había sido archivada sin que se hubieran recabado más pruebas. La demandante impugnó la decisión y su recurso fue elevado a la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la decisión.

La accionante interpuso una demanda de amparo contra la fiscal superior de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima y el fiscal supremo de la Fiscalía Suprema de Control Interno. Solicitó que se declarara la nulidad de

la Resolución 123-2016, que no hizo lugar a abrir una investigación preliminar contra la fiscal provincial penal por delitos cometidos durante el trámite de la Carpeta 606-2014, y de la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, que confirmó la Resolución 123-2016. Consideró que las resoluciones habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, en relación con el derecho de acceso a la justicia, y al debido proceso, en relación con el derecho a la debida motivación de las resoluciones y de defensa.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima rechazó el recurso porque consideró que la accionante había presentado la demanda de amparo para intentar reabrir la investigación preliminar, lo que es improcedente.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia. Estimó que las disposiciones cuestionadas eran lógicas y coherentes, que no se habían vulnerado derechos fundamentales, y declaró improcedente la demanda.

La demandante interpuso un recurso de agravio constitucional.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Perú consideró fundada la demanda. Declaró la nulidad de la Resolución 123-2016 de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que no hizo lugar a la apertura de la investigación preliminar contra la fiscal de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad. También declaró la nulidad de la Resolución 2692-2016-MP-FNFSCI de la Fiscalía Suprema de Control Interno que había confirmado la anterior (Carpeta 322-2015).

El Tribunal Constitucional ordenó a la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima emitir una nueva resolución de acuerdo con lo señalado en la sentencia.

Además, ordenó que la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima analizara abrir una investigación preliminar o formalizarla ante el juez penal competente. Declaró la nulidad de la resolución de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, que no había formalizado la denuncia penal contra Reyes Mayaute por violación sexual. También declaró la nulidad de la resolución de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, que había declarado infundada la queja de derecho interpuesta y había decidido no formalizar la denuncia penal (Carpeta 606-2014).

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de dos decisiones fiscales emitidas en la Carpeta 322-2015: la Resolución 123-2016 de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que no hizo lugar a abrir una investigación preliminar, y la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI de la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la decisión anterior. Se controvierte si fue o no respetado el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales.

2. La perspectiva de igualdad de género analiza cómo determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a hombres y a mujeres. En el ámbito institucional, supone un proceso de cambio en la forma tradicional de

ejercer la función pública y propicia ajustes en las estructuras institucionales, así como la flexibilización de procedimientos y prácticas estatales. Tal enfoque exige un análisis especial de los razonamientos que sustentan las decisiones de jueces y fiscales.

El Estado peruano ha creado, mediante el Decreto Legislativo 1368/2018, el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar. Está conformado por el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. El objetivo del sistema garantizar las medidas de protección y las medidas cautelares que se dicten en el marco de la Ley 30 364 (para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) y monitorear los procesos penales vinculados con los delitos de feminicidio, lesiones, violación sexual y delitos sexuales contra menores.

Existe una política de Estado que obliga a todos los actores públicos a trabajar para la erradicación de la violencia de género. Por ello, cuando la autoridad judicial o fiscal no contempla los hechos de discriminación y violencia contra las mujeres, además de desatender esa política estatal e incumplir la ley, impide el acceso a la justicia y la reparación del daño, genera impunidad y convierte a la autoridad y a la sociedad en cómplices. El esfuerzo que los poderes Ejecutivo y Legislativo puedan hacer para combatir la discriminación y violencia contra las mujeres resultará ocioso si el Poder Judicial no participa. El sistema de administración de justicia es probablemente el actor más importante para llevar a cabo la política pública contra la violencia de género. Por ello, la perspectiva de género debe ser incorporada y puesta en práctica en el ejercicio de la función judicial y fiscal.

3. Por mandato constitucional, el Ministerio Público debe conducir la investigación del delito y ejercitar la acción penal. El Tribunal Constitucional advirtió que el proceso de amparo era la vía idónea para analizar si las actuaciones o decisiones fiscales observaron o no los derechos fundamentales, o si fueron lo suficientemente proporcionadas y razonables.

En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, el Tribunal Constitucional ha dicho que resulta vulnerado cuando la motivación es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas de hecho o de derecho que sustentan la decisión fiscal, o que solo intenta cumplir formalmente con la exigencia de motivación. La decisión fiscal que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente será arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional.

4. En este caso se cuestionaron las disposiciones fiscales expedidas en la Carpeta 322-2015, que recoge la denuncia penal de la recurrente contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima.

5. El proceso de amparo no es una instancia superior de revisión de actuaciones judiciales o fiscales ni de valoración de las pruebas. Sin embargo, a través del proceso de amparo corresponde examinar la motivación de las decisiones de la judicatura ordinaria o del Ministerio Público.

Como el caso se trata de una denuncia penal por omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, la motivación de la decisión fiscal que dispone abrir o no una investigación preliminar debe considerar el análisis del mandato legal de investigar y la clarificación expresa de los actos funcionales supuestamente omitidos.

La apertura de la investigación preliminar consiste en reunir los actos de investigación indispensables. El fiscal, en su condición de director de la investigación del delito, tiene la obligación legal de reunir esos actos para resolver el delito.

Además, el fiscal deberá enumerar los actos de investigación propuestos por la parte; analizar si resultaban indispensables para la investigación fiscal, y verificar si los actos de investigación indispensables fueron realizados y, si no los hubieran hecho, evaluar si su omisión estaba justificada o no.

6. La Resolución 123-2016 cumplió de modo insuficiente con la justificación del análisis del mandato legal de realizar actos de investigación, ya que concluyó que la fiscal denunciada no había omitido ilegalmente ningún acto propio de su función sin más fundamento que la mera transcripción del art. 377 del Código Penal y los arts. 12 y 94, inc. 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Si bien el Ministerio Público está facultado para rechazar de plano una denuncia, esa decisión debe estar debidamente motivada. La resolución cuestionada debía contener un análisis exhaustivo de la actividad desplegada por la fiscal penal durante el trámite de la denuncia, de tal forma que su conclusión tuviera argumentos suficientes. Por ejemplo, debió haberse establecido si resultaba indispensable practicar un peritaje biológico de la muestra tomada a la denunciante durante el examen médico para verificar si se había consumado el acto sexual; determinar si había consumido drogas y de qué tipo, etc. También, debió haber establecido si era necesario que las partes observaran los videos remitidos por el hospital y si ameritaba solicitar otros videos del lugar. El Tribunal Constitucional observó que no se había cumplido con el deber de disponer los actos de investigación indispensables para el esclarecimiento del caso.

Por su parte, en la disposición de la Fiscalía Suprema de Control Interno, se argumentó que el fiscal es el director de la investigación y, como tal, determina las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Esa fundamentación es solo aparentemente correcta, pues, si bien de acuerdo con el art. 159 de la Constitución el Ministerio Público ostenta la titularidad y la exclusividad directiva de la investigación criminal, ello no supone que las decisiones fiscales estén liberadas de observar y garantizar derechos fundamentales y motivar debidamente sus decisiones. Además, el fiscal supremo demandado solo se remitió en forma escueta a ciertas providencias fiscales que no estaban consignadas en el expediente.

7. Por lo expuesto, los fiscales de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima y de la Fiscalía Suprema de Control Interno que conocieron la denuncia interpuesta por la recurrente contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima no cumplieron con su deber constitucional y legal de motivar debidamente sus disposiciones, más aún cuando concluyeron, sin presentar alguna razón) que la fiscal provincial no había omitido ilegalmente algún acto de su cargo.

8. El Tribunal Constitucional acreditó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales y declaró la nulidad de la Resolución 123-2016 y de la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI.

Ordenó elaborar una nueva disposición que observara los fundamentos de la sentencia respecto del deber de justificar en forma expresa y suficiente las decisiones fiscales con el fin de restituir el derecho fundamental vulnerado.

Además, ordenó que la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima analizara si correspondía abrir una investigación preliminar o formalizarla ante el juez penal competente.

9. Dado lo ocurrido en el caso, el Tribunal Constitucional recordó que los fiscales tienen el deber de ejercer su función de acuerdo con los mandatos constitucionales y la observancia de los principios de independencia, objetividad, razonabilidad y respeto al debido proceso, según dispone el art. 33, inc. 2, de la Ley de la Carrera Fiscal (Ley 30 483). La inobservancia de la norma constitucional y de los principios referidos implica la responsabilidad de los fiscales, que puede ser calificada como falta leve, grave o muy grave (art. 45, inc. 9; 46, incs. 1, 2 y 7; y 47, inc. 1, de la Ley 30 483).

No obstante, disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador es insuficiente para eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres, erradicar la violencia de género y promover la defensa de los derechos de las mujeres, lo que requeriría acciones concretas para tutelar los derechos de la víctima. Por eso, es necesario que, con independencia del procedimiento disciplinario y de su resultado, la denuncia inicial sea reconsiderada a fin de verificar la viabilidad de abrir una investigación preliminar. Por otro lado, la revisión de la denuncia no puede ser utilizada como medio probatorio de cargo o descargo en el procedimiento administrativo sancionador.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. 01479-2018-PA/TC LIMA, recurso de agravio constitucional interpuesto c. la resolución del 16-1-18 expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia del 5-3-2019, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01479-2018-AA.pdf>.



Derecho a la unidad familiar. Derechos de circulación y residencia. Régimen especial de control de la densidad de población. Principios de razonabilidad y proporcionalidad. Preservación del núcleo familiar. (Colombia).

Antecedentes del caso: Sandra Milena Ordoñez Acuña, originaria del departamento de Huila, y Elkin de Jesús Vanegas Álvarez, nativo de la Isla de San

Andrés, convivieron por cinco años y tuvieron a sus dos hijos en la isla. El director de la Oficina de Control, Circulación y Residencia (en adelante, OCCRE) ordenó la expulsión de Ordoñez Acuña de San Andrés porque no contaba con un permiso de residencia otorgado por autoridades competentes.

Ordoñez Acuña promovió una acción de tutela —en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores de edad— contra la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (en adelante, Archipiélago) y la OCCRE, con el propósito de proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, a la unidad familiar, al trabajo y a la libre circulación y residencia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito del Distrito Judicial del Archipiélago declaró improcedente la acción, dado que la accionante no había demostrado el agotamiento de todos los mecanismos de defensa judicial, no presentó una copia de la orden de expulsión ni la constancia de su notificación y tampoco probó la existencia de un perjuicio irremediable. La jurisprudencia constitucional ha advertido que la garantía de libre circulación y residencia no es absoluta, sino que está sujeta a límites impuestos por el legislador. En el caso de San Andrés, las medidas de control poblacional han sido consideradas necesarias, adecuadas y razonables. Ordoñez Acuña impugnó la sentencia.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial del Archipiélago confirmó el fallo. Argumentó que no se había constatado que la accionante hubiera ejercido los mecanismos de defensa a su disposición, como el recurso de reposición y el de apelación, ni las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Sala de Selección de Tutelas escogió el caso para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó el fallo de segunda instancia. En su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales Ordoñez Acuña y sus hijos a la unidad familiar y al cuidado y amor de los niños. Dejó sin efecto la disposición administrativa que había declarado a Ordoñez Acuña en situación irregular y había dispuesto su expulsión. En consecuencia, ordenó a la OCCRE de la Gobernación del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que le otorgara la residencia permanente en la isla.

1. La Corte analizó si la decisión de expulsión había vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, a la unidad familiar y a la libre circulación y residencia de Ordoñez Acuña. Consideró el marco constitucional (arts. 5, 13 y 42 de la Constitución Política —CP—), el desarrollo jurisprudencial sobre la protección de la familia y el derecho a la unidad familiar y el régimen de control de densidad poblacional en el Departamento Archipiélago.

La Corte examinó los precedentes en los que había abordado el derecho fundamental a la unidad familiar en casos de medidas de expulsión en el marco del régimen de control poblacional en el Archipiélago (T-943/2013, T-214/2014 y T-484/2014).

2. En la tensión entre el derecho a la unidad familiar de los niños y los fines constitucionales de las medidas de control poblacional en el Archipiélago, prevalece el

derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. La Constitución otorga preeminencia a los derechos de los niños y a que, a través de la garantía de este derecho, se materialice el ejercicio de otros de igual naturaleza. Por ello, en casos concretos, la Corte ha dejado sin efecto órdenes de expulsión y sanciones pecuniarias contra residentes irregulares y ha ordenado a la OCCRE que otorgara permisos de residencia temporal o permanente, o ha permitido que ciudadanos expulsados retornaran y realizaran los trámites para obtener el permiso de residencia.

3. De acuerdo a lo dispuesto en los arts. 310 y 42 transitorio de la CP, las restricciones a los derechos de circulación y residencia en el Archipiélago responden a propósitos de gran importancia como el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, las riquezas culturales y naturales, la diversidad e integridad del ambiente y el deber estatal de planificar el aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible y su conservación.

En consonancia, el Gobierno expidió el Decreto 2762/1991, de adopción de medidas para controlar la densidad poblacional en el Archipiélago. El art. 2 establece las condiciones para fijar la residencia a quienes ya lo habitaban de hecho. Esas condiciones reconocen el derecho preexistente a residir en el territorio. El art. 3 señala los requisitos para adquirir el derecho a residir en forma permanente. El art. 18 enumera las circunstancias que ubican a las personas en una situación irregular. En esos casos, “serán devueltas a su lugar de origen y deberán pagar una multa hasta de veinte salarios mínimos legales mensuales”.

El Decreto 2762/1991 fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-530/1993, que declaró la exequibilidad condicionada. Expuso que las restricciones de residencia establecidas en este régimen constitucional especial se correspondían con los propósitos constitucionales de preservar la cultura de las comunidades nativas del Archipiélago, así como sus recursos naturales. Destacó la importancia del control poblacional en San Andrés para hacer efectivos los mandatos constitucionales de protección a la riqueza cultural y natural de la Nación, pero advirtió que los operadores jurídicos debían interpretar las limitaciones impuestas por el decreto, a fin de minimizar las restricciones a otros derechos.

4. La Corte verificó que, en el expediente judicial, constaba una declaración ante notario en la que Ordoñez Acuña y Vanegas Álvarez manifestaron haber convivido por cinco años en San Andrés y que sus dos hijos habían nacido allí. La información sobre el tiempo de permanencia en la isla coincide con lo expuesto en la declaración ante la OCCRE. Además, Ordoñez Acuña dijo que se desempeñaba como ama de casa y cuidaba de sus hijos. Por otro lado, en la constancia de notificación de la sentencia de segunda instancia, Vanegas Álvarez manifestó que ya no convivía con la accionante.

El art. 3 del Decreto 2762/1991 detalla las condiciones para obtener el derecho a residir permanentemente en el Archipiélago. Una de ellas se cumple si, con posterioridad a la sanción del decreto, la persona estableció una unión permanente con un residente, siempre que se haya fijado el domicilio común en el Archipiélago al menos por tres años continuos, y se haya acreditado la convivencia al momento de solicitar la residencia. Este requisito debe analizarse a partir del concepto de familia que establece la CP y de las transformaciones de las estructuras familiares.

5. La OCCRE informó que Ordoñez Acuña no era residente legal en el Archipiélago y que no podía ingresar hasta que cumpliera los presupuestos establecidos en la orden de expulsión. Además, señaló que no existía ninguna solicitud de residencia a su nombre, ni otorgada ni en trámite. La accionante no se pronunció sobre su situación de residencia permanente o temporal ni comunicó si había realizado el trámite de residencia. No obstante, dado que el Decreto 2762/1991 contempla, como consecuencia de la declaratoria de situación irregular, la devolución al lugar de origen, y que la accionante manifestó que se ordenó su expulsión, puede presumirse que se encontraba en situación irregular en San Andrés y que debía cumplir alguno de los supuestos previstos en el art. 3 para obtener la residencia permanente.

Por otro lado, la accionante cumplió objetivamente con una de las exigencias previstas, establecer “unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el departamento, a lo menos por tres años continuos”, ya que, en la declaración ante el notario del lugar, Ordoñez Acuña y Vanegas Álvarez afirmaron ser residentes de San Andrés y haber convivido por cinco años.

6. Las familias conformadas por vínculos biológicos o de hecho poseen el mismo derecho a la protección constitucional que las constituidas por vínculos jurídicos. La garantía constitucional de la familia atiende a los cambios sociales y a la forma en que las relaciones filiales y personales se transforman.

Ordoñez Acuña, Vanegas Álvarez y sus hijos conformaron una familia basada en vínculos de hecho y filiales que, a su vez, ha sufrido transformaciones como la separación de los padres. Tal realidad no debe incidir en el grado de protección de los niños y de la unidad familiar.

De este modo, independientemente de la separación de los padres, los hijos de Ordoñez Acuña y Vanegas Álvarez son titulares de las protecciones constitucionales que se derivan del derecho a la unidad familiar, específicamente, el derecho a no ser separados de su familia. Así, los niños tienen derecho a que no se impida injustificadamente el contacto con sus padres, a que las autoridades públicas se abstengan de tomar decisiones que afecten su derecho a no ser separados de su familia y a que, en la adopción de estas medidas, se apliquen principios de razonabilidad y proporcionalidad que protejan sus derechos. Además, las autoridades deben diseñar e implementar políticas públicas dirigidas a la preservación del núcleo familiar.

Por eso, las autoridades deben tener en cuenta las circunstancias particulares del caso para no desconocer las garantías de los involucrados en los procedimientos de control poblacional, sobre todo cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional reforzada, como los menores de edad, y respetan sus derechos fundamentales al vínculo afectivo, al cuidado y al amor por parte de su padre y su madre.

7. Las disposiciones adoptadas para controlar la población en la isla y restringir los derechos de circulación y residencia en el Archipiélago son constitucionales e idóneas para proteger la diversidad cultural y los recursos naturales de la isla.

Sin embargo, la decisión de expulsión viola los derechos de la accionante y de sus hijos a no ser separados de su familia y a la igual protección de los diferentes

tipos de familia, pues los principios de razonabilidad y proporcionalidad y la preservación del núcleo familiar deben ser considerados prioritarios. Por ello, en casos de conflicto, los derechos de los niños a la unidad familiar prevalecen sobre las medidas de control poblacional del Archipiélago. Además, los menores, en una etapa temprana de su vida, poseen el derecho a recibir el afecto y el apoyo material y emocional de ambos padres. Si se expulsara a la accionante y se entregara a los niños a uno de sus padres, se interrumpiría el contacto directo con el otro progenitor. De ese modo, la expulsión repercutiría en la garantía del derecho de los niños a la unidad familiar, al cuidado y al amor, y también en el ejercicio de la responsabilidad parental.

8. La familia conformada por la accionante y sus hijos es titular de la misma protección que la conformada por la accionante, su pareja y sus hijos. Por eso, la posibilidad de que Ordoñez Acuña reciba las sanciones propias de la residencia irregular viola el derecho de sus hijos a la unidad familiar y contraviene la protección constitucional.

La expulsión de Ordoñez Acuña supone una diferenciación injustificada entre los distintos tipos de familia y constituye un trato discriminatorio.

Para garantizar los derechos fundamentales a la unidad familiar y al cuidado y amor de los dos hijos menores de la accionante, así como la igual protección de las familias, no se debe aplicar en este asunto el siguiente apartado del art. 3, literal a): “Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja”.

9. La Corte dejó sin efecto la decisión que había declarado en situación irregular a Ordoñez Acuña y la había sancionado con la devolución al último lugar de embarque, porque vulneraba el derecho fundamental a la unidad familiar de sus hijos menores de edad.

La accionante puede recibir la residencia permanente en San Andrés, ya que cumplió con el requisito de establecer una unión de hecho con un residente y fijar su domicilio en el Archipiélago por más de tres años. Por ello, se ordenó a la OCCRE que reconociera y otorgara a Ordoñez Acuña la residencia permanente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Sexta de Revisión de Tutelas, acción de tutela presentada por Sandra Milena Ordoñez Acuña c. la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE), sentencia T-242/18, del 26-6-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-242-18.htm>.



Derecho a la vivienda. Personas sin hogar. Madre soltera declarada “sin hogar por voluntad propia”. Fuentes de ingreso. Salvaguardia del bienestar de los menores. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: Samuels era inquilina de un inmueble en la ciudad de Birmingham, donde vivía con cuatro hijos. En julio de 2011, por causa de varios atrasos en el pago del alquiler, fue informada de que debía dejar la vivienda. Entonces, solicitó al Concejo Municipal de Birmingham (Concejo) que, en virtud de la Parte VII de la Ley de Vivienda (Housing Act) de 1996, se la considerara persona sin hogar. En efecto, de conformidad con esa norma, las autoridades tienen el deber de garantizar el alojamiento a las personas sin hogar, siempre que, entre otros requisitos, la persona no se encuentre en esas condiciones por voluntad propia.

El 11 de diciembre de 2013, un funcionario del Concejo decidió que Samuels se encontraba sin hogar por voluntad propia, ya que había dejado de pagar el alquiler deliberadamente a pesar de que la vivienda resultaba asequible y razonable. Según el funcionario, Samuels, pese a sus dificultades de aprendizaje, era capaz de pagar sus cuentas a tiempo y manejar sus finanzas y el déficit en el alquiler podría haberse subsanado mediante una mejor administración del presupuesto familiar.

Samuels apeló la decisión del Concejo ante el tribunal del condado, que en junio de 2014 la desestimó. Luego recurrió ante el tribunal de apelaciones, que también desestimó el recurso en octubre de 2016.

Entonces, interpuso un recurso de apelación ante la Suprema Corte para que dictaminara si era correcta la decisión del Concejo que había determinado que el alquiler era “asequible”.

Sentencia: la Suprema Corte del Reino Unido anuló la decisión del Concejo Municipal.

El Decreto sobre Personas sin Hogar (Idoneidad de Alojamiento) de 1996 exige que las autoridades tomen en consideración todas las fuentes de ingreso de la persona sin hogar, incluso todas las prestaciones de la seguridad social. Nada en el decreto exige o justifica la exclusión de prestaciones de cualquier tipo que no sean para la vivienda. Además, el decreto exige un cotejo con los “gastos diarios razonables”. Ahora bien, según la Suprema Corte, una evaluación de lo que resulta razonable requiere objetividad y no puede depender simplemente de la opinión subjetiva de un funcionario. La asequibilidad de la vivienda debe ser juzgada sobre la base de que esta debe estar disponible por tiempo indeterminado.

El § 17.40 del Código de Orientación para las Autoridades Locales sobre la Falta de Hogar dispone que el Secretario de Estado deberá recomendar a las autoridades que la vivienda sea considerada inasequible si el ingreso residual de la persona solicitante estuviere por debajo del nivel de los ingresos por prestaciones. Incluso si la recomendación no se interpreta como extensiva a las asignaciones por hijos, la falta de una referencia específica no le resta relevancia al valor de las prestaciones. En general, los valores de las prestaciones no están diseñados para

brindar un excedente superior a las necesidades de subsistencia de la familia. Por otra parte, en virtud de la Ley de la Niñez, existe la obligación de promover y salvaguardar el bienestar de los niños.

Pero el funcionario del Concejo no evaluó de este modo el caso. Se preguntó si Samuels disponía de flexibilidad económica para hacer frente al déficit de £151,49, entre alquiler y prestaciones por vivienda. Sin embargo, la cuestión no radicaba en saber si podía manejar sus finanzas para salvar la brecha, sino conocer cuáles eran sus gastos diarios razonables aparte del alquiler, tomando en consideración sus necesidades tanto personales como familiares y la promoción del bienestar de sus hijos. El monto consignado en el esquema provisto por sus representantes legales (£1234,99) se encuadraba perfectamente dentro del monto estipulado por las prestaciones sociales (£1349,33). Ante la falta de cualquier otra fuente de orientación objetiva sobre esta cuestión, la Suprema Corte juzgó difícil observar en base a qué estándar ese nivel de gastos podría no ser considerado razonable.

Según la Suprema Corte, no existen fundamentos para confirmar que Samuels se encontraba “sin hogar por voluntad propia”, como había considerado el Concejo.

La Suprema Corte expresó su deseo de que el Concejo acepte su responsabilidad total por Samuels y su familia, de conformidad con la Parte VII de la Ley de Vivienda.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Samuels (Appellant) v Birmingham City Council (Respondent)*, sentencia del 12-6-2019, en <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0172.html>.



Derecho al debido proceso. Extranjeros. Procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio. (Colombia).

Antecedentes del caso: el médico cubano Lázaro Valdés Carrillo, en contraprestación por la gratuidad de su educación, fue enviado por el Gobierno de Cuba a trabajar en una misión médica en el municipio de Maturín, estado de Monagas, Venezuela. Residió en una casa de médicos junto con otros profesionales cubanos. Debía cumplir una jornada laboral de 8 a 17 hs. y, en caso de desobediencia, podía ser trasladado a Cuba para recibir sanciones penales y disciplinarias. Después de dos años desertó de la misión médica por no compartir las políticas que regían su funcionamiento. Tuvo que refugiarse ya que, de ser capturado por las autoridades judiciales venezolanas y enfrentaría un juicio “en el que no se le garantizarían sus derechos”. Por lo tanto, solicitó ayuda en la Embajada de Estados Unidos en Venezuela, pero no recibió colaboración.

Ingresó irregularmente a Colombia por la frontera con Cúcuta, departamento de Norte de Santander. A fin de regularizar su situación migratoria, solicitó refugio político ante las autoridades colombianas, que fue denegado, aunque le otorgaron

tres salvoconductos migratorios, lo que no le brindó una solución permanente. Solicitó ante el Ministerio de Educación Nacional la convalidación de su título de médico, y demostró su identidad a través del pasaporte. Por Resolución 3373/2013, se le reconoció su profesión para todos los efectos académicos y legales en Colombia, pero no se le permitió ejercer en el país. Por eso gracias a una identificación falsa obtuvo la credencial médica y desempeñó su profesión entre 2013 y 2017. A principios de 2014, inició una relación de hecho con Luisa Alejandra Bravo Sainea, madre de un menor de ocho años abandonado por su padre biológico. Los tres convivieron y Valdés Carrillo asumió el rol de padre del menor. A fines de 2015 nació un hijo de la pareja, y entre todos ellos se consolidó un vínculo sólido y estable.

En 2016, por una denuncia anónima, la Dirección Regional Andina de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (UAEMC) inició una investigación en su contra y ordenó deportarlo. Posteriormente se dispuso su expulsión de Colombia y la prohibición de reingresar por diez años. La decisión no le fue notificada a Valdés Carrillo porque la dirección a la que fue enviada no existía. En noviembre de 2017, por medio de un apoderado, pidió a la UAEMC que le informara acerca de una posible investigación, proceso o trámite en su contra. Un mes después le comunicaron que no era posible acceder a esa información en virtud del principio de confidencialidad, dada la presunta falta de legitimidad del solicitante para actuar. Reiteró el pedido en enero de 2018, cuando le notificaron la orden de salida inmediata del país. La decisión quedó firme el 7 de febrero de 2018.

Valdés Carrillo y su pareja interpusieron una acción de amparo contra la UAEMC. Alegaron que la última decisión había violado su garantía al debido proceso, ya que nunca había sido notificado de la existencia de actuaciones migratorias colombianas. Argumentaron que había habido un proceso en el que él no había participado, por lo que se había vulnerado el derecho a la defensa material y la contradicción. Sostuvo que su expulsión era arbitraria, dado que la UAEMC no consideró que: a) residía en el municipio de Villeta, Cundinamarca, desde el año 2014 con su compañera permanente, con quien posteriormente formó una familia integrada por su hijo y su hijastro; b) durante su estancia en Colombia nunca atentó contra la seguridad, el orden, la salud pública y la tranquilidad social, y con sus conocimientos contribuyó a mejorar la calidad de vida de los pobladores, y c) su expulsión lo ubica en una situación de vulnerabilidad e incertidumbre, pues no se indicó hacia dónde debía trasladarse ni se consideró que no tiene un país donde asentarse de modo permanente ya que, si regresara a Cuba, sería sometido a medidas lesivas de sus derechos, incluida la invalidación de su título de médico.

Por ello, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, unidad familiar y dignidad humana, y que se ordenara a la UAEMC: a) revocar la decisión de deportarlo y expulsarlo del país; b) realizar nuevas actuaciones administrativas con respeto del debido proceso y el ejercicio de defensa y contradicción, y c) la concesión de un plazo prudencial para regularizar su situación migratoria mediante la emisión de la visa de residente, en consideración de que su compañera permanente y su hijo son colombianos.

La UAEMC solicitó denegar el amparo. Alegó la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados. Expuso que en 2011 se había ordenado deportar a Valdés Carrillo por haber ingresado y permanecido irregularmente en el país, y que no haber cumplido la sanción suponía una causal de expulsión. Agregó que, posteriormente, Valdés Carrillo había realizado diligencias para obtener la condición de refugiado, y le habían sido entregados salvoconductos de trámite. Además, advirtió que había obtenido una identificación falsa que le había permitido, incluso, trabajar como médico en entidades estatales. Por eso, se anuló su registro civil de nacimiento inscripto ilegalmente en la Registraduría de Facativá, Cundinamarca. Se dispuso su expulsión del país por diez años, por haber puesto en riesgo la tranquilidad, el orden, la salud y la seguridad pública. Finalmente, la UAEMC señaló que la decisión de expulsión estaba vigente y que no correspondía regularizar la situación del accionante.

En primera instancia, el Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso y le ordenó a la UAEMC: a) dejar sin efectos la resolución que dispuso la expulsión; b) realizar un nuevo procedimiento administrativo migratorio con sujeción estricta al debido proceso, la defensa y la contradicción, en razón del arraigo en el país y la necesidad imperativa de proteger el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, y c) concederle un salvoconducto para permanecer en Colombia mientras se realiza el trámite. La UAEMC impugnó la decisión.

En segunda instancia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la decisión impugnada y denegó por improcedente el amparo constitucional. Sin embargo, conminó a la UAEMC a que, en el momento de hacer efectiva la medida de expulsión ordenada, no trasladara al accionante a Cuba ni a Venezuela por el riesgo que podría correr su vida e integridad personal como consecuencia de haber desertado de la misión médica. La Sala consideró que Valdés Carrillo es un migrante indocumentado en situación de vulnerabilidad; no obstante, a pesar de haber llegado a Colombia en 2011 y haber conocido los requerimientos de la UAEMC para legalizar su permanencia, no legitimó su estancia. En efecto, permaneció en Colombia de forma ilegal, obtuvo una identificación falsa como connacional, practicó la medicina y formó una familia, pese a que su condición era irregular y podía ser expulsado. En este contexto, la actuación de la UAEMC no vulneró el derecho al debido proceso, por lo cual la presunta persecución política tanto en Cuba como en Venezuela no era motivo suficiente para amparar sus derechos. En todo caso, a fin de procurar la salvaguarda de sus intereses, podía acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El expediente del caso fue escogido para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia de segunda instancia que había denegado la acción de tutela presentada por Luisa Alejandra Bravo Sainea y Lázaro Valdés Carrillo. En su lugar, confirmó el fallo de primera instancia que había concedido el amparo del derecho fundamental al debido proceso.

Dejó sin efecto la resolución que había dispuesto la expulsión del territorio nacional de Valdés Carrillo y la prohibición de ingreso por diez años.

Ordenó a la UAEMC que inicie nuevamente el procedimiento migratorio contra Valdés Carrillo bajo los lineamientos constitucionales del debido proceso y el ejercicio de la defensa y la contradicción en cada una de sus etapas y formalidades, y que deberá consultar las condiciones individuales del accionante, por ejemplo, su arraigo familiar en Colombia, para considerar la posibilidad de que regularice su residencia legal. Durante el curso del trámite, deberá otorgarle un salvoconducto de permanencia en el país. Si, durante el nuevo procedimiento migratorio, Valdés Carrillo incurre en causales de expulsión, deberá contar con la posibilidad formal y material de acudir a los recursos en sede administrativa, que se concederán con efecto suspensivo.

Advirtió a la UAEMC que deberá asistir a Valdés Carrillo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de que se valore nuevamente el eventual reconocimiento como refugiado político.

1. La Sala debió analizar si la UAEMC había vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del ciudadano extranjero cuando dictó una medida de expulsión del país, con la prohibición de ingreso por diez años. La UAEMC había argumentado que representaba un peligro para la seguridad nacional, aun cuando Valdés Carrillo aseguró no haber participado nunca en el trámite administrativo, lo que obstaculizó el ejercicio adecuado de las garantías administrativas de defensa y contradicción e impidió que se determinara si la sanción afectaba la unidad familiar.

2. Cuando la autoridad, en el marco de sus funciones, dispone una solución ajustada al ordenamiento jurídico, no hay razón para considerar que ha puesto en peligro los derechos fundamentales de los involucrados. Pero, en este caso, hubo flagrantes vulneraciones del derecho fundamental al debido proceso.

Valdés Carrillo nunca fue vinculado a la actuación administrativa iniciada en su contra y solo tuvo conocimiento de ella al invocar un derecho de petición dirigido a la UAEMC, que le informó sobre la investigación que había decidido expulsarlo del país. Así, el accionante se enteró del proceso en su contra al final del trámite y gracias a diligencias que realizó por su cuenta, y ni siquiera en ese momento tuvo acceso al expediente administrativo. La UAEMC no dispuso el conocimiento inmediato de la decisión de expulsión, que, además, es irrecurrible. La notificación se realizó indebidamente, pues se llevó a cabo en Bogotá, cuando Valdés Carrillo estaba en el municipio de Nimaima, Cundinamarca. Según funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el ciudadano cubano obtuvo una cédula como nacional colombiano, lo que le permitió ser contratado como médico en el Centro de Salud San José, circunstancia que se alega como fundamento para justificar la expulsión. La notificación no tuvo lugar porque la dirección no existía y porque Valdés Carrillo no vivía en Bogotá. La UAEMC debía haber actuado con celeridad para concretar la notificación personal de la decisión. En cambio, omitió asegurar la participación del ciudadano tanto al inicio como al final del trámite migratorio.

3. El inicio y desarrollo de un procedimiento sumario sancionatorio sin la presencia del accionante impidió que se controlara la actuación discrecional de la

administración y que, por consiguiente, se adoptara una decisión objetiva, razonable e informada. El Estado posee la facultad de permitir el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio colombiano, pero tal discrecionalidad encuentra un límite en la observancia de los derechos fundamentales que permean las reglas migratorias, como, en este caso, el respeto al debido proceso.

La UAEMC entendió que Valdés Carrillo había cometido infracciones que justificaban un trámite administrativo sancionatorio, que desembocó en una medida de expulsión. Sin embargo, la Sala cuestionó la ausencia de una motivación detallada, que resultaba de particular relevancia, primero, porque contra el acto administrativo de expulsión no procedía recurso administrativo alguno y, segundo, por la gravedad de la sanción.

Además, la falta de notificación ocasionó que Valdés Carrillo no pudiera defenderse ni presentar pruebas, que luego aportó en esta instancia, y para refutar la imputación de que fuera un peligro para la seguridad estatal. Por lo tanto, el proceso no fue adecuado a los fines de la norma ni proporcional a los hechos y carecía de fundamentación suficiente.

4. La nula participación del accionante en el procedimiento administrativo tuvo otra consecuencia relevante respecto del ejercicio de su derecho a la defensa y la contradicción: la UAEMC nunca evaluó las consecuencias desfavorables que la expulsión podría generar en el núcleo familiar del accionante. Si se hubieran asegurado que estuviera presente, los funcionarios de migración habrían advertido que Valdés Carrillo mantenía una relación familiar doméstica, estable y amorosa con su mujer, hijo e hijastro.

La unidad familiar es un derecho fundamental y un principio rector supremo dentro del ordenamiento jurídico. Las autoridades migratorias, en el curso de los procedimientos administrativos, tienen el deber de evaluar todas las circunstancias afectivas del extranjero en el país. La protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes también es relevante para calificar la conducta del extranjero, y la posibilidad de que el Estado intervenga en la unidad familiar debe ser compatible con la protección del interés superior del menor.

También se omitió evaluar el temor al que, según afirma el accionante, se enfrentaría en caso de tener que regresar a Cuba. Tal aspecto fácilmente podría haber sido apreciado y valorado mediante la adecuada y oportuna participación del peticionario en el proceso. No puede removerse a una persona del territorio sin antes tomar en consideración los alegatos sobre el peligro que aduce. En este caso, los argumentos que planteaba el accionante para no regresar a su país no fueron siquiera consultados y, por ende, no se los analizó, aun cuando fuera obligatorio. Por lo tanto, el procedimiento administrativo contradice los postulados de la Constitución Política.

5. La UAEMC había brindado argumentos para justificar la expulsión de Valdés Carrillo, pero no había explicado razonablemente por qué debía prevalecer la aplicación de una causal sobre la otra. Estas imprecisiones afectan considerablemente los derechos de los involucrados, pues les impiden construir una defensa adecuada de sus intereses y orientar los argumentos que quieran exponer.

6. La Corte revocó la decisión de segunda instancia, concedió el amparo y dejó sin efecto la resolución que había ordenado expulsar al accionante. Además, ordenó al ente que reiniciara el procedimiento migratorio contra el ciudadano cubano, esta vez bajo los lineamientos constitucionales del debido proceso en sus componentes de defensa y contradicción en cada una de sus etapas y formalidades, y con la obligación de consultar las condiciones individuales, por ejemplo, el arraigo familiar, y considerar la posibilidad de regularizar su residencia en el territorio. En todo caso, durante el trámite se deberá otorgar al accionante un salvoconducto de permanencia en el país que le permita estar temporalmente en condiciones de regularización migratoria. Si en el curso del nuevo procedimiento sancionatorio, se considera que existen causales de expulsión, Valdés Carrillo deberá contar con la posibilidad formal y material de acudir a los recursos en sede administrativa, que se concederán con efecto suspensivo.

La decisión de amparar el derecho fundamental al debido proceso del extranjero obedece a un remedio que protege los intereses de su compañera e hijo, mientras que la situación migratoria será evaluada nuevamente por la autoridad pública competente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Segunda de Revisión, acción de tutela presentada por Luisa Alejandra Bravo Sainea y Lázaro Valdés Carrillo c. la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia- Regional Andina, sentencia T-500/18, del 19-12-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-500-18.htm>.



Derecho al debido proceso. Menores. Derecho al debido proceso administrativo. Derecho a la información. Habeas data. Derecho a la educación. Educación inclusiva de personas en situación de discapacidad. Derecho a la intimidad. Carencia actual de objeto. (Colombia).

Antecedentes del caso: en 2014 el menor J. D. P. M. fue diagnosticado con síndrome de Asperger. En el informe se señaló que presentaba un coeficiente intelectual normal, pero también que tendía al aislamiento, con déficit en el uso del lenguaje y dificultades en la coordinación motriz. Ese mismo año fue admitido y matriculado en el Colegio WRS. La madre del menor había presentado el diagnóstico neuropsicológico durante el proceso de admisión.

En 2017 el colegio inscribió al menor para las pruebas Saber 11. Las autoridades escolares informaron que era discapacitado, que padecía autismo, que requería acompañamiento y que presentaba dificultades en la relación con otros y en la comprensión de las ideas de los demás puesto las interpretaba de modo literal.

El Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES) se comunicó con la madre, para confirmar si su hijo requería o no apoyo. Tras esa conversación, se modificó la información relativa a la discapacidad del menor: se pasó a indicar que padecía de síndrome de Down (sin necesidad de apoyo) y autismo (que requiere apoyo de acompañamiento). Sin embargo, en la ficha de inscripción entregada al menor no se daba información al respecto. El día de las pruebas Saber 11, se le asignó un salón solo para él y le fue entregado un cuadernillo especial para personas en situación de discapacidad que contenía menos preguntas y no incluía la prueba en inglés. La madre del menor hizo un reclamo en ese momento y el delegado del ICFES aceptó entregarle la prueba en inglés y le informó que era posible que su resultado no fuera tenido en cuenta. El ICFES publicó los resultados de las pruebas y la plataforma arrojó la siguiente información: “usted asistió únicamente a la primera sesión del examen, por esta razón no tiene resultados”. En un comunicado posterior el ICFES argumentó que las demoras de casi una semana en la publicación de los resultados, había obedecido a que el día de la prueba el delegado, sin consultar, le entregó un cuadernillo adicional al estudiante, en contra de la resolución que reglamenta el adecuado desarrollo del examen. Si bien se publicó el resultado de las pruebas, el puntaje global reportado fue calculado sin considerar el resultado de la prueba de inglés. Varios diarios locales dieron cuenta de la situación, hubo publicaciones en Facebook, y otras a cuenta del colegio. Las publicaciones incluyeron los datos personales del menor.

Entonces la madre del menor interpuso una acción de tutela contra el ICFES, el Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación Municipal de Montería y el colegio. Solicitó la protección de los derechos de su hijo menor de edad a la educación, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y al debido proceso vulnerados en el marco del proceso de inscripción y aplicación de las pruebas Saber 11 y en relación con la publicación sin autorización de información personal del menor. Expuso que, dado que el resultado global fue calculado sin los 100 puntos de la prueba de inglés, al menor le fue denegada “la posibilidad de recibir una beca del programa Ser Pilo Paga y por ende la posibilidad de continuar sus estudios superiores (...) causándole un daño irreparable y un daño a su proyecto de vida”.

Requirió que el juez constitucional ordenara al ICFES ajustar el proceso de inscripción y aplicación de las pruebas Saber 11 para los estudiantes en situación de discapacidad; que calificara la prueba de inglés presentada por el menor para que sea computada con el resultado global obtenido y que, de no ser posible, el colegio inscriba nuevamente al menor en el examen en igualdad de condiciones a las de sus compañeros; que el colegio presente disculpas al menor y a su familia por haber faltado a la verdad en el proceso de inscripción a las pruebas Saber 11, sometiendo a la familia a procesos desgastantes y haber publicado datos íntimos de su historia académica y clínica sin autorización de los padres. Además, requirió que la Secretaría de Educación Municipal de Montería reconociera públicamente que había elaborado y presentado un informe erróneo al colegio y que se pronunciara acerca del deber de las instituciones educativas de registrar información pertinente sobre los estudiantes.

Cuando el menor se presentó nuevamente a las pruebas Saber 11 fue inscrito como desescolarizado y no fue reportada ninguna discapacidad cognitiva, por lo que el cuestionario que le fue entregado contenía el cuadernillo estándar, que incluía la totalidad de las preguntas, y la prueba de inglés. El ICFES publicó los resultados, y el menor obtuvo un puntaje de 315 sobre 500 puntos. En particular, en la prueba de inglés alcanzó 85 sobre 100 puntos posibles. Actualmente el menor se encuentra matriculado en la Fundación Universitaria del Área Andina, en el primer semestre del programa Tecnología en animación y posproducción audiovisual.

La Sala Primera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería denegó el amparo. Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de todo lo actuado. En cumplimiento de esa providencia, la competencia para resolver la acción bajo estudio fue reasignada. En marzo de 2018, el Juez Primero Administrativo del Circuito Judicial de Montería, Córdoba, denegó la acción de tutela, ya que las entidades accionadas y el colegio no habían vulnerado los derechos fundamentales invocados por la actora, puesto que actuaron conforme a la Constitución y la ley y garantizaron los derechos del menor en igualdad de condiciones con otros alumnos en igual situación. La decisión no fue impugnada.

La Sala de Selección de Tutelas escogió el caso para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto en lo que se refiere a los derechos al debido proceso, a la información, al *habeas data*, a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

A pesar de la carencia actual de objeto, y a fin de proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, la Corte ordenó al ICFES que ajustara el proceso de inscripción de los exámenes de Estado para permitir la participación de los estudiantes reportados con alguna condición de discapacidad y que puedan elegir el tipo de examen al que puedan aplicar —el cuadernillo especial o el estándar—, los ajustes, apoyos y otras condiciones de presentación del examen, y la presentación o no de la prueba de inglés.

Además, tuteló el derecho a la intimidad del menor. Se ordenó al colegio WRS retirar y eliminar la información del menor de todos los medios en los que hubiera sido difundida.

1. En primer lugar debió determinarse si los accionados habían vulnerado los derechos del menor al debido proceso, a la información y al *habeas data*, por cuanto en el proceso de inscripción de las pruebas Saber 11 fue registrado que padecía dos condiciones de discapacidad. En segundo lugar, debió determinarse si los accionados habían vulnerado los derechos del menor a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad por haber dispuesto condiciones innecesarias y especiales para la presentación de las pruebas. Finalmente, debió determinarse si el colegio había vulnerado el derecho a la intimidad del menor por emitir un comunicado público que hacía referencia a sus datos personales sin su autorización ni la de sus padres.

2. La Corte estimó cumplidos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

La legitimación activa se cumple por cuanto es la madre del menor quien presentó la tutela. También se encuentra acreditada la legitimación pasiva: del colegio, por ser la institución educativa que llevó a cabo el proceso de inscripción del menor en las pruebas, reportó la condición de discapacidad, autismo, y profirió un comunicado público que contenía información personal del menor, lo que guarda relación con la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, y el ICFES, por ser la entidad encargada de realizar los exámenes de Estado y de diseñar, elaborar y aplicar los instrumentos de evaluación de la calidad de la educación. Por el contrario, el MEN y la Secretaría no tienen legitimación pasiva: el primero, por carecer de competencia para decidir acerca de las condiciones particulares en las que se desarrolla el proceso de inscripción y aplicación de las pruebas Saber 11; la segunda, por lo mismo y porque las actuaciones u omisiones que la accionante atribuye a la Secretaría no están referidas a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del menor, requisito que justifica la procedencia de la acción de tutela.

También se cumple el requisito de inmediatez, pues la tutela fue interpuesta en un término oportuno y razonable respecto de los hechos que dieron lugar a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor (el proceso de inscripción y la publicación de información personal del menor por parte del colegio).

Asimismo, cumple con el requisito de subsidiariedad, en lo que se refiere a los derechos al debido proceso, a la información y al *habeas data*, pues, dadas las particularidades del caso, no existe otro medio judicial que permita asegurar su protección. Finalmente, también se acredita esta exigencia en relación con los derechos del menor a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, presuntamente vulnerados en el marco del proceso de inscripción y aplicación de las pruebas. Tampoco existe otro medio judicial que permita asegurar la protección de estos derechos fundamentales, porque J. D. P. M. es un sujeto de protección especial en razón de su edad y su situación de discapacidad, y porque la solicitud de tutela tuvo por finalidad la protección de sus derechos a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. En lo que se refiere al derecho a la intimidad, la acción de tutela también cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que es el único medio de defensa que permite analizar, desde una perspectiva de derechos fundamentales, la conducta del colegio respecto de una eventual vulneración al derecho a la intimidad del menor.

3. Carencia actual de objeto:

La acción de tutela tiene por finalidad servir como instrumento de protección inmediata de los derechos fundamentales cuando son amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Si durante el trámite de la acción de tutela se satisface por completo la pretensión que la motivaba o si se produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo, se configura la carencia actual de objeto, que es causal de improcedencia de la acción. Si bien el juez de tutela no se encuentra obligado a proferir un pronunciamiento de fondo, de considerarlo necesario, puede realizar observaciones sobre los hechos que dieron lugar

a la interposición de la acción de tutela, sea para condenarlos, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición.

4. En este caso, se configura una carencia actual de objeto únicamente en lo que se refiere a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor al debido proceso, a la información, al *habeas data*, a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad; la intervención del juez constitucional resultaría inocua en relación con la protección individual de estos derechos. La madre cuestionó que en el proceso de inscripción y aplicación de las pruebas el menor fuera registrado con dos condiciones de discapacidad cognitiva. Expuso que el diagnóstico de su hijo (síndrome de Asperger) no suponía discapacidad alguna, menos de tipo cognitivo, y que no debió haber sido inscrito con ninguna de las discapacidades reportadas. Cuando el menor rindió nuevamente las pruebas, no se reportó ninguna discapacidad, por lo cual rindió un examen estándar que contenía la totalidad de las preguntas e incluía la prueba de inglés. Además, está acreditado que el menor actualmente cursa un programa de educación superior.

Todo ello comporta la superación de las circunstancias que derivaron en la vulneración de los derechos fundamentales del menor al debido proceso, a la información y al *habeas data*, a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Cualquier orden que impartiera el juez constitucional no hubiera surtido efecto alguno pues, a nivel individual, la pretensión había sido satisfecha.

Para la Sala, más allá de las pretensiones concretas de la accionante, la única orden que, *prima facie*, hubiera podido tener una incidencia cierta, real y particular en la satisfacción de los derechos fundamentales del menor estaba referida a ordenar al colegio y al ICFES que llevaran a cabo un nuevo proceso de inscripción y aplicación de las pruebas, que garantizara que la información reportada durante el proceso de inscripción correspondiera con el diagnóstico del menor y, de esta manera, le fuese permitido presentar el examen estándar y la prueba de inglés. Todas estas situaciones fueron superadas en el caso concreto.

A pesar de la configuración de la carencia actual de objeto, la Corte consideró que era necesario emitir un pronunciamiento de fondo, ya que existió una vulneración de los derechos fundamentales del menor al debido proceso, a la información, al *habeas data*, a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad durante el proceso de inscripción y aplicación de las pruebas. El objetivo fue proteger la dimensión objetiva de estos derechos fundamentales, en particular, la dimensión de adaptabilidad de los exámenes de Estado, a la luz de los derechos a la educación y a la igualdad de las personas en situación de discapacidad.

5. El ICFES es la entidad encargada de realizar los exámenes de Estado y de reglamentar el proceso de inscripción a las pruebas Saber 11.

El proceso comprende las etapas de gestión de estudiantes, registro de información y pago. El registro es llevado por cada establecimiento educativo mediante la web del ICFES y un formulario oficial que requiere ciertos datos de los estudiantes. La información consignada debe ser verdadera y el establecimiento educativo deberá cumplir con las normas sobre *habeas data*. El proceso finaliza con el pago del examen, a partir de entonces los establecimientos educativos pueden

consultar el resumen y el número de inscripción. Las consultas no les están permitidas a los estudiantes de manera directa. No obstante, el ICFES habilita un plazo de reclamos para que los interesados puedan solicitar la corrección de la información registrada. Luego de ello, el ICFES publica la citación al examen.

Al momento de diligenciar el formulario de inscripción, las instituciones educativas están obligadas a reportar si el alumno inscripto tiene alguna de las siguientes discapacidades: motriz, ceguera, sordera, síndrome de Down y autismo. El formulario de inscripción incluye algunas preguntas relacionadas con el tipo de discapacidad y exige que se incluya una descripción breve y específica de la discapacidad y, en caso de requerirlo, indicar el apoyo requerido para la presentación del examen. El reporte tiene por finalidad que el ICFES garantice los apoyos y ajustes razonables acordes al tipo de discapacidad referida.

El derecho al debido proceso es una garantía para el correcto desarrollo de las actuaciones administrativas, así como el ejercicio legítimo de los derechos de los particulares, a fin de que los administrados obtengan de manera diligente y oportuna la información o documentos que requieran sin tener que soportar cargas que no les corresponden. Se vulnera del derecho al debido proceso cuando se impide acceder a la información o a los documentos que las entidades están obligadas a conservar. Puede devenir en una vulneración del derecho al *habeas data*, dado que la garantía de acceder a la información constituye una de las manifestaciones de este derecho, por cuanto está dirigida a que los usuarios puedan conocer, actualizar y rectificar las informaciones.

6. En el proceso de inscripción los accionantes no tuvieron acceso a la información necesaria y suficiente que les permitiera conocer y verificar los datos relacionados con las discapacidades registradas, y, de ser el caso, solicitar su rectificación dentro de los plazos previstos por el ICFES. Conocieron el reporte el día de la presentación del examen, cuando al menor le fue entregado un cuadernillo especial para personas en situación de discapacidad y fue excluido de presentar la prueba de inglés.

En lo que se refiere al reporte de autismo (y no del de síndrome de Down, por cuanto no hay prueba de que haya sido reportado por el colegio), el colegio no informó a los accionantes lo que había realizado, ni les facilitó ningún documento que diera cuenta de la información reportada.

Los accionados no brindaron la información ni la documentación necesaria que permitiera a los accionantes conocer de manera clara, precisa y oportuna los datos registrados en el proceso de inscripción acerca de las discapacidades registradas. Ello impidió que los accionantes solicitaran la rectificación de los datos en los términos y oportunidades previstos.

Además, haber registrado la condición de síndrome de Down vulneró el derecho al *habeas data* del menor, por cuanto desconoció los principios de libertad, veracidad, transparencia y seguridad durante el proceso de inscripción de las pruebas. El registro de la condición de discapacidad fue realizado de manera irregular, ya que no existe claridad acerca de las circunstancias y condiciones en las cuales fue generado.

El ICFES desconoció los principios de libertad, veracidad, transparencia y seguridad. El de libertad, porque de las condiciones en las que se efectuó el registro de la discapacidad no pudo determinarse el responsable de ingresar el dato; el de veracidad, porque dado que no corresponde al diagnóstico del menor, el dato es falso; el de transparencia, porque las actuaciones de los accionados no garantizaron que el menor o su familia tuvieran acceso a la información registrada en relación con las discapacidades, y el de seguridad, porque el ICFES no dispuso las medidas técnicas, humanas y administrativas necesarias para evitar la adulteración, consulta y uso o acceso no autorizado de la información del menor. Por lo tanto, en el proceso de inscripción de las pruebas Saber 11, el colegio y el ICFES vulneraron los derechos fundamentales del menor al debido proceso, a la información y al *habeas data*.

7. Las personas discapacitadas tienen derecho a que el Estado les proporcione un trato acorde a sus circunstancias siempre que resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad. La omisión injustificada de este deber puede ser considerada discriminatoria. Respecto de las pruebas Saber 11, en virtud de la política pública de educación inclusiva adoptada, se han implementado ajustes razonables a fin de garantizar a las personas discapacitadas el derecho a la educación, de modo que el proceso de aprendizaje se adapte a sus condiciones y que puedan recibir una formación como cualquier persona. Los ajustes deben guiarse por principios de participación, a fin de que el destinatario de la medida, de manera autónoma, pueda otorgar su consentimiento; de trato especial, y que el ajuste sea indispensable, o por lo menos adecuado, para lograr la igualdad material, y de razonabilidad y proporcionalidad del ajuste, por cuanto no debe imponer una carga desproporcionada o indebida al Estado.

En este caso, el ICFES vulneró los derechos del menor a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En primer lugar, por disponer condiciones especiales para rendir la prueba —que no fueron consultadas ni consentidas por el estudiante, ni tampoco eran necesarias— vulneró el derecho a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del menor, ya que la implementación de ajustes razonables requiere la participación y el consentimiento de los estudiantes en situación de discapacidad. La participación comprende que puedan elegir el tipo de examen que consideren pertinente presentar y el tipo de ajustes respecto de las condiciones para la presentación del examen, siempre que no interfieran con los protocolos de seguridad de la evaluación. En segundo lugar, vulneró los derechos del menor dado que, por excluirlo de la presentación de la prueba de inglés —en lugar de darle la opción de rendirla o no— le negó su derecho a la autodeterminación.

De conformidad con lo anterior, la Sala ordenó al ICFES que ajustara su proceso de inscripción y aplicación de las pruebas Saber 11, a fin de que, mediante el procedimiento que considerara adecuado, permitiera la participación de los estudiantes con discapacidad, a fin de que el reporte de esta no les impidiera elegir el tipo de examen a aplicar —por el cuadernillo especial o el estándar—, los ajustes, apoyos y otras condiciones de presentación del examen y la presentación o no de la prueba de inglés.

No obstante, se consideró necesario que el ICFES asegure que las instituciones educativas garanticen la correcta participación de los estudiantes y sus familias. Para ello, los establecimientos educativos deberán acordar con los padres de familia y el evaluado los ajustes necesarios para la presentación del examen.

8. El derecho a la intimidad comprende la no divulgación o conocimiento por parte de tercero, de los hechos, situaciones, comportamientos e informaciones que la persona desea mantener reservadas para sí o para su núcleo familiar. Por lo tanto, la reserva debe mantenerse a menos que los hechos o circunstancias íntimas sean dados a conocer por voluntad del titular del derecho.

En el caso de los menores de edad, la Constitución reconoce que tienen derecho a una protección especial. En consecuencia, la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. Así, tanto los padres de familia como las instituciones educativas están obligados a mantener la reserva de la información privada de los estudiantes, pues su divulgación sin el consentimiento de los menores invade el ámbito de protección de la intimidad personal. Además, la Corte ha advertido que, por tratarse de menores de edad, sus datos personales deben resguardarse de manera más estricta.

En este caso, varios medios de comunicación locales publicaron notas de prensa que aludían a información personal del menor, a hechos relacionados con el proceso de inscripción y aplicación de las pruebas Saber 11, a cuestiones vinculadas con su proceso educativo y a otros detalles de su vida íntima. Uno de esos periódicos sostuvo que la información le había sido entregada a una periodista por la madre del menor. Además, las notas periodísticas fueron publicadas en Facebook y comentadas por la madre, que incluso grabó un video en esa red social y expuso la situación.

Por otra parte, el colegio emitió un comunicado en el que hizo referencia a los hechos denunciados por la accionante y publicados por los distintos medios de comunicación, e incluyó información del menor relacionada con el proceso de inscripción y aplicación de las pruebas, con su proceso educativo, además de otros antecedentes personales referidos por su madre.

Por estos motivos, la Corte Constitucional consideró que hubo una vulneración del derecho a la intimidad del menor por infracción del deber de reserva.

Esta vulneración, sin embargo, es atribuible tanto a la madre del menor como al colegio.

En cuanto al colegio, si bien gran parte de la información fue publicada de manera voluntaria por la accionante, este tipo de situaciones no autorizan a los establecimientos educativos a desconocer el deber de reserva. Por el contrario, en virtud del principio de corresponsabilidad, los establecimientos educativos deben mantener su posición de garante respecto de los menores y su información, que no debe exceder el ámbito académico, aun cuando el deber de reserva haya sido infringido por los padres.

Por lo anterior, la Sala ordenó al Colegio retirar y eliminar la publicación de la información del menor de todos los medios en los que había sido difundida.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela interpuesta por C. A. M. C., en representación de su hijo J. D. P. M., contra el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES), el Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación Municipal de Montería y el Colegio WRS, sentencia T-039/19, del 1-2-2019, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-039-19.htm>.



Derecho al debido proceso. Proceso administrativo. Inscripción en el Registro Único de Víctimas (RUV). Deber de motivación. Principio de publicidad. (Colombia).

Antecedentes del caso:

1. Expediente T-6.493.803: María Etelevina Sánchez Aguirre denunció que, en 2011, su hijo Santiago Andrés Muñoz Sánchez, había sido asesinado por narcotraficantes de la organización de Odín San Pablo en Medellín y que su familia había tenido que mudarse del barrio como medida de seguridad.

En marzo de 2013 solicitó a la Personería Municipal de Medellín ser inscrita en el Registro Único de Víctimas (RUV) por el homicidio de su hijo. La Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a las Víctimas (UARIV) denegó el pedido y alegó que en la zona en que habían ocurrido los hechos operaban ciento treinta y ocho bandas delictivas que eran las principales causantes de homicidios, desplazamientos forzados y extorsiones en la ciudad. Además, destacó que no era jurídicamente viable inscribirla “por cuanto en el proceso de valoración de la solicitud de registro se determinó que los hechos ocurrieron por causas diferentes a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 1448/2011, de conformidad con el art. 40 del Decreto 4800/2011”. Sánchez Aguirre señaló que había una clara inconsistencia entre lo solicitado y lo decidido, y pidió la revocatoria porque la denegación de acceso le causaba un agravio injustificado. La entidad sostuvo que los recursos no habían sido interpuestos dentro del término señalado ni había demostrado que se hubiera causado un perjuicio injustificado a la recurrente y, por lo tanto, no modificó la decisión.

Frente a esa situación, Sánchez Aguirre solicitó la protección de su derecho a ser incluida en el RUV, del derecho a la reparación integral —que consiste en una indemnización administrativa— y a la igualdad material. Pidió que se ordenara a la entidad demandada su inscripción en el registro en calidad de víctima por el homicidio de su hijo, que se hicieran efectivas las medidas de reparación y que se le indicara de forma clara cuándo y cuánto recibiría como indemnización.

El Juzgado 12 Civil del Circuito de Oralidad de Medellín declaró improcedente el amparo por considerar que Sánchez Aguirre debería haber hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos con los cuales se le había negado la inclusión en el RUV.

Sánchez Aguirre impugnó la sentencia. La Sala Primera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la confirmó.

2. Expediente T-6.515.994: Willmar Adrián Zapata Morales fue asesinado en 1996 en el barrio Manrique San Pablo, cerca de Medellín. Su madre, Nubia Marleny Morales de Zapata, manifestó que unos hombres encapuchados habían disparado a un grupo de jóvenes, entre los que estaba su hijo, que murió.

En junio de 2013 solicitó a la Procuraduría Regional de Medellín ser inscrita en el RUV, la UARIV denegó la inscripción y alegó que no existía nexo causal entre las circunstancias de la muerte de su hijo y los autores del hecho, ni tampoco móviles de coacción dentro del contexto del conflicto armado interno que atravesaba el país. Morales de Zapata interpuso un recurso de reconsideración, pero la resolución fue confirmada. La entidad destacó que la fiscalía había archivado provisionalmente las actuaciones de la investigación del homicidio porque no había sido posible individualizar e identificar a los responsables ni los móviles del hecho.

Por ello, Morales de Zapata solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y que se ordenara a la UARIV incluirla en el RUV.

El Juzgado 2 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín denegó el amparo de los derechos de la accionante. Estimó que la decisión de no incluirla en el RUV se basaba en la realidad fáctica y probatoria del caso, ya que no había prueba, ni siquiera sumaria, que acreditara que la muerte de su hijo había sido causada por “grupos de delincuencia organizada”. La accionante impugnó la decisión.

La Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la sentencia impugnada. Entendió que la acción de tutela no permitía resolver el problema jurídico particular dada la complejidad probatoria, y que, con los elementos materiales disponibles, no se podía inferir que el hecho estuviera relacionado con el conflicto armado en Colombia.

3. Expediente T-6.533.655: Onnán Cortés González, manifestó que vivía en el Municipio de Planadas, Tolima, con su hermano discapacitado y dos de sus hijos. En 2015 sus hijos fueron asesinados por un grupo organizado que también amenazó a la familia, por lo que Cortés González y su hermano debieron mudarse del municipio. Cortés González se presentó ante la Personería Delegada para las víctimas de Bogotá, pero la UARIV resolvió no inscribirlo a él ni a su familia en el RUV. Si bien pudo establecer que la muerte había sido violenta, no resultaba suficiente para determinar que los móviles de los autores hubiesen estado relacionados con fines ideológicos, militares y/o políticos, en el marco del conflicto armado interno. Aunque interpuso un recurso de reposición, la UARIV confirmó la decisión porque entendió que no era jurídicamente viable reconocerlo como víctima por el homicidio de sus hijos, ya que no existían elementos que configuraran los actos enmarcados dentro de los parámetros legales contemplados en la ley 1448/2011.

Onnán Cortés González solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales como víctima del conflicto armado interno y que se ordenara a la entidad inscribirlo en el RUV.

El Juzgado 3 Laboral del Circuito de Ibagué, Tolima, declaró la improcedencia de la acción de tutela, ya que no tenía, en principio, la facultad de ordenar la inscripción, y que las decisiones de la UARIV resultaban suficientemente motivadas. Además, sostuvo que el accionante no había acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver el conflicto y que no se había demostrado la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente, de manera transitoria, la acción de amparo. Cortés González impugnó la decisión.

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó la sentencia y determinó que la tutela no cumplía con los requisitos para cuestionar actos administrativos —la acreditación de un perjuicio inminente y grave, que las medidas requeridas para atacar el perjuicio sean urgentes y que la tutela sea impostergable—.

Los expedientes T-6.493.803 y T-6.515.994 fueron seleccionados para revisión y acumulados para ser resueltos en una misma sentencia por la Sala de Selección Doce. Por su parte, el expediente T-6.533.655 fue seleccionado para revisión y acumulado al T-6.493.803 por decisión de la Sala de Selección Uno.

Sentencia: La Corte Constitucional de Colombia, en los expedientes T-6.493.803 (Sánchez Aguirre), T-6.515.994 (Morales de Zapata) y T-6.533.655 (Cortés González), revocó las sentencias de primera y de segunda instancia y, en su lugar, concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso. Dejó sin efecto las resoluciones de la UARIV, y le ordenó resolver la solicitud de inclusión en el RUV de los demandantes, y señaló que las resoluciones deben exponer motivos que las sustenten, evaluar elementos jurídicos, técnicos, de contexto y, particularmente, valorar los documentos obrantes en los expedientes de las fiscalías sobre las investigaciones por homicidio.

1. La Sala encontró satisfechos los requisitos de competencia, legitimación activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad. El problema jurídico a resolver en estos casos unificados consistió en determinar si la UARIV vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de las víctimas a ser incluidas en el RUV. La UARIV les denegó la inscripción con el argumento de que los homicidios no habían ocurrido en el marco del conflicto armado interno, sin embargo, las decisiones se basaron solamente en las declaraciones de los solicitantes, sin recabar ni analizar información adicional acerca del tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

1.1. Sobre el derecho fundamental de las víctimas a la inclusión en el RUV:

De acuerdo al marco jurídico (Ley 1448/2011 y Decreto 1084/2015) y la jurisprudencia constitucional, el RUV es una herramienta administrativa para identificar y registrar a las víctimas del conflicto armado interno, y también para diseñar e implementar políticas públicas, se trata de un acto meramente declarativo, que debe contribuir a la verdad y la reconstrucción de la memoria histórica. Sin embargo, permite identificar a los destinatarios de ciertas medidas de protección y concretar medidas de ayuda humanitaria como el acceso a planes de estabilización socioeconómica y programas de retorno, reasentamiento o reubicación y, en términos generales, el acceso a la oferta estatal y los beneficios contemplados en la ley.

El reconocimiento como víctima del conflicto armado interno supone el derecho a la inclusión en el RUV de forma individual o familiar. La responsabilidad del funcionamiento del RUV recae en la UARIV, cuyos funcionarios deben consultar las bases de datos que conforman la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación de Víctimas, valorar tanto la información aportada por quienes deseen inscribirse como la recabada en el proceso de verificación de acuerdo con los principios constitucionales de dignidad, buena fe, confianza legítima y prevalencia del derecho sustancial, y evaluar elementos jurídicos, técnicos y de contexto que le permitan fundamentar una decisión frente a cada caso particular.

Ahora bien, en la revisión de acciones de tutela, la Corte identificó falencias por parte de la UARIV en la valoración de las solicitudes de inclusión de personas en el RUV, dado el desconocimiento de los principios de carga de la prueba, buena fe y favorabilidad, además de la falta de motivación de sus actos administrativos. Por ello reconoció que es posible ordenar la inscripción o la revisión de la declaración prestada cuando la UARIV hubiera efectuado una interpretación de las normas aplicables que resulte contraria a los principios de favorabilidad y buena fe, hubiera exigido formalidades irrazonables o desproporcionadas, impuesto límites no contemplados legalmente para acceder al RUV o sus decisiones carecieran de motivación suficiente, entre otras razones.

1.2. Sobre el derecho al debido proceso administrativo, así como la motivación de los actos que resuelven solicitudes de inclusión en el RUV:

El derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP) se aplica indistintamente a las actuaciones judiciales y administrativas. Representa un límite al ejercicio del poder público y garantiza que las actuaciones del Estado respeten los derechos de los involucrados —por lo que los procesos deben atenerse a los principios de legalidad, competencia, publicidad—, y a los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria y de impugnación, que hacen efectiva la intervención y defensa del administrado. A su vez, la motivación es la expresión del principio de publicidad (art. 290 CP), permite al involucrado conocer las razones de una decisión administrativa que lo afecta para ejercer la defensa de sus derechos e intereses, y hace posible que los funcionarios judiciales realicen el control jurídico del acto.

Las decisiones sobre solicitudes de inclusión en el RUV deben ser motivadas por expresa disposición del Decreto compilador 1084/2015, lo que implica que el funcionario no se limite a negar la pretensión de la persona por la mera valoración de la declaración realizada para la inscripción, sino que alegue pruebas suficientes para sustentar su decisión.

2. Expediente T-6.493.803 (Sánchez Aguirre):

La Sala identificó varios elementos de prueba que en su momento no se requirieron y, por ende, no fueron analizados por la UARIV. También advirtió una grave incongruencia entre los hechos y la parte considerativa y resolutive del acto administrativo, lo que para la accionante genera incertidumbre respecto de la resolución de su pretensión.

Adicionalmente, notó que la UARIV se había limitado a señalar que el homicidio de Muñoz Sánchez había ocurrido por “causas diferentes a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 1448/2011, de conformidad con el art. 40 del Decreto 4800/2011”, sin exponer los motivos que permitieran llegar a esa conclusión. Por otra parte, la UARIV mencionó dos noticias de medios de comunicación como elementos de contexto, pero no recabó la información necesaria para precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del homicidio y no consultó las bases de datos y sistemas que conforman la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación de Víctimas u otras fuentes pertinentes.

Por lo dicho, la Sala revocó las sentencias dictadas en este caso, concedió el amparo de los derechos fundamentales, dejó sin efecto los actos administrativos adoptados para resolver la pretensión de la accionante y ordenó a la UARIV a dictar un nuevo acto administrativo que decida sobre la inscripción de Muñoz Sánchez en el registro y que evalúe elementos jurídicos, técnicos y de contexto y tenga en cuenta, particularmente, el expediente de la fiscalía sobre la investigación realizada por el homicidio de Muñoz Sánchez.

3. Expediente T-6.515.994 (Morales de Zapata):

La Sala encontró varios elementos de prueba que en su momento no se requirieron y, por ende, no fueron analizados por la entidad. Observó que la UARIV, en los actos administrativos que denegaron la inscripción, incluyó elementos de contexto, valoró las pruebas aportadas por la solicitante e incluso mencionó la decisión de archivo de la investigación realizada por la fiscalía, lo que indica que realizó las labores requeridas para establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del hecho. Sin perjuicio de ello, la Sala encontró en el expediente elementos que acreditaban la injerencia de miembros de milicias en el asesinato y que debían ser evaluados por la UARIV.

Por ello, revocó las sentencias que denegaron el amparo de los derechos de Morales de Zapata, concedió el amparo de los derechos fundamentales, dejó sin efecto los actos administrativos adoptados para resolver la pretensión de la accionante, y ordenó a la UARIV dictar un nuevo acto administrativo que decida sobre la inscripción de Morales de Zapata en el RUV y que evalúe los elementos jurídicos, técnicos y de contexto y tenga en cuenta, particularmente, el expediente de la fiscalía sobre la investigación realizada por el homicidio de Zapata Morales.

4. Expediente T-6.533.655 (Cortés González):

La investigación por el homicidio de los hermanos Cortés Cortés correspondió a la fiscalía 51 de la Unidad seccional de Chaparral (Tolima). El caso estaba en trámite cuando la Sala dictó la sentencia.

La UARIV expidió los actos administrativos cuestionados luego de valorar las pruebas aportadas por Cortés González y acudir a varias bases de datos. No obstante, en ningún momento presentó argumentos para desvirtuar la versión del solicitante ni mencionó la investigación en trámite.

La Sala revocó las sentencias que rechazaron amparo, concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso, dejó sin efecto los actos administrativos

adoptados para resolver la pretensión del accionante y ordenó a la UARIV dictar un nuevo acto administrativo que decida acerca de la inscripción de Cortés González en el registro y que evalúe elementos jurídicos, técnicos, y de contexto y tenga en cuenta, particularmente, el expediente y las actuaciones de la fiscalía sobre la investigación realizada por el homicidio de los hermanos Cortés Cortés.

5. La Sala entendió que, para la resolución de solicitudes de inscripción en el RUV, la UARIV está obligada a motivar sus decisiones con elementos que demuestren que los hechos no se dieron en el marco del conflicto armado interno, acudir a diferentes bases de datos, consultar fuentes y evaluar elementos jurídicos, técnicos y de contexto. En los casos analizados las decisiones no fueron motivadas y no se tuvo en cuenta que, de acuerdo con el principio de la carga de la prueba, la entidad debía demostrar que los homicidios no estaban vinculados al conflicto armado interno.

La UARIV vulneró el derecho fundamental al debido proceso y el de las víctimas a ser incluidas en el RUV cuando denegó la inscripción por sostener que los homicidios no ocurrieron en el marco del conflicto armado interno. Adoptó esa decisión a partir del análisis exclusivo de la declaración prestada por cada solicitante y la presentación de elementos de contexto. La carga de la prueba recae sobre la UARIV, que debe valorar la información suministrada de acuerdo con los principios de buena fe y de favorabilidad y, en caso de duda, expedir un acto administrativo motivado en el que, mediante la evaluación de elementos jurídicos, técnicos y de contexto y elementos materiales probatorios, demuestre que no corresponde la inscripción.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acciones de tutela instauradas por María Etefvina Sánchez Aguirre (T-6.493.803), por Nubia Marleny Morales de Zapata (T-6.515.994) y por Onnán Cortés González (T-6.533.655) contra la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV), sentencia T-227/18 del 13-6-2018, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-227-18.htm>.



Derecho al honor. Derecho a la intimidad. Derecho a la protección de los datos personales. Derecho al olvido digital. Conflicto entre estos derechos y el derecho a la libertad de información. Publicación de noticias en una hemeroteca digital: utilización de nombres propios como criterio de búsqueda. Especial trascendencia constitucional. (España).

Antecedentes del caso: en los años 80, Ediciones El País S.L. (El País), publicó una noticia sobre el desmantelamiento de una red de tráfico de estupefacientes, en la que estaba implicado el familiar de un funcionario público y otros vecinos

reconocidos de cierta localidad, entre las cuales estaban D. F. C. y M. F. C. La noticia describía el modus operandi de la red, identificaba a D. F. C. y M. F. C. por sus nombres, apellidos y profesiones e informaba sobre su detención, su condición de adictos y el síndrome de abstinencia que habían padecido en prisión.

Veinte años más tarde, en 2007, El País estableció el acceso gratuito a su hemeroteca digital, en el sitio web www.elpais.com. A partir de entonces, la noticia aparecía en Google como primer resultado tras una búsqueda de los nombres y apellidos de D. F. C. y M. F. C. Los involucrados solicitaron a El País que interrumpiera la publicación de sus datos personales o, subsidiariamente, que sus nombres y apellidos fueran sustituidos en la noticia digital por sus respectivas iniciales, y que se adoptaran las medidas tecnológicas necesarias para que la página web no fuera indexada como resultado de la búsqueda de información acerca de ellos. El diario se basó en su derecho fundamental a la libertad de información y en la imposibilidad de evitar la indexación por los buscadores y no accedió a la solicitud.

D. F. C. y M. F. C. promovieron un juicio ordinario contra El País por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal (art. 18.1 y 4 de la Constitución de España (CE)). Argumentaron que la intromisión ilegítima en esos derechos no estaba amparada por el derecho a la libertad de información del editor, que el relato de los hechos, dado el tiempo transcurrido desde su primera divulgación, carecía ya de interés general para la formación de la opinión pública, y que no involucraba a personalidades públicas. Además, la noticia estaba desactualizada, porque los involucrados habían superado hacía años su adicción y porque sus antecedentes penales habían sido suprimidos. La difusión a través de internet los condenaba a seguir siendo juzgados por lo ocurrido y frustraba injustificadamente su derecho a la reinserción social. Por otra parte, sostuvieron que la digitalización de la noticia —con mención expresa de sus nombres y apellidos y referencia a su detención y al síndrome de abstinencia sufridos— entrañaba la vulneración de su derecho a la protección de sus datos personales. Alegaron, asimismo, que infringía su “derecho al olvido”, recientemente contemplado en sentencias de la Audiencia Nacional y en resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Sostuvieron que El País había usado sus datos a efectos exclusivamente publicitarios, pues la apertura de la hemeroteca se había presentado como medio de “impulsar los ingresos publicitarios derivados de una mayor audiencia en la red”, pero que el uso de sus datos personales, a este fin, no había sido previamente comunicado por la editorial, que no había recabado el consentimiento de los interesados. Solicitaron que se ordenara a El País al cese inmediato de la difusión de la noticia a través de internet y del uso de sus datos personales o, subsidiariamente, a sustituir sus nombres y apellidos por las correspondientes iniciales; a adoptar las medidas tecnológicas necesarias para impedir que la página web que contenía la información sea indexada por los proveedores de servicios de intermediación de búsqueda, y por el propio buscador interno del sitio cuando se busque información por sus nombres y apellidos; al pago de una indemnización y de las costas, y a no publicar sus datos personales en ninguna noticia vinculada con el proceso.

El Juzgado de Primera Instancia 21 de Barcelona admitió la demanda. Consideró probado que El País no había adoptado mecanismos de control para evitar la difusión indiscriminada de la noticia, y que, además, —a fin de aumentar el beneficio económico derivado de la publicidad online— había programado bots para localizar la noticia por medio de datos como los nombres propios y ubicarla en los primeros puestos de cualquier búsqueda en Google. La publicidad de información relativa a la adicción de los accionantes y a sus antecedentes penales afectó su derecho a la protección de datos personales, a su intimidad y honor, debido al menoscabo de su reputación, y no puede ser justificada por la libertad de información del editor. Estableció también que al momento de su publicación en internet la noticia ya no resultaba veraz: los demandantes habían sido condenados por contrabando (no por tráfico de drogas), habían superado su adicción y los antecedentes penales correspondientes a la condena habían sido suprimidos. Igualmente, también había desaparecido el interés público de la noticia, debido al trascurso de más de veinte años y a la falta de relevancia pública de quienes interpusieran la demanda, y solo se divulgaba por interés económico del editor. Por esa razón el juzgado condenó a El País a indemnizar a los accionantes, a interrumpir la difusión de la noticia y a adoptar las medidas tecnológicas adecuadas para evitar el acceso a la información mediante las búsquedas en Google de los nombres y apellidos.

El País apeló la sentencia. Por su parte, D. F. C. y M. F. C. se opusieron al recurso de apelación y, simultáneamente, impugnaron la sentencia de primera instancia.

La Sección 14^a de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso interpuesto por El País y estimó la impugnación de los demandantes. Destacó que el efecto del antecedente penal sobre la reputación y la reinserción social del ciudadano había llevado a consagrar en el Código Penal el derecho a la cancelación de los antecedentes penales pasado el plazo establecido en la norma, a fin de extinguir de modo definitivo todos los efectos de la pena. Ese derecho es complementario al derecho al olvido del historial judicial, que reconoce la jurisprudencia reciente. La sentencia ponderó los derechos en conflicto, y tuvo en cuenta que: a) los demandantes no eran personalidades públicas ni habían ejercido cargo público alguno, por lo que la noticia publicada en internet carecía de interés público o histórico; b) el paso del tiempo había dado lugar a la pérdida de la veracidad inicial de la información difundida y c) la publicación en internet de la noticia facilitaba una difusión mucho mayor que la que había obtenido la edición impresa. Todo ello justificaba que prevalecieran los derechos fundamentales a la intimidad personal y el honor y a la protección de los datos personales por sobre la libertad de información del editor. Condenó a El País a interrumpir el uso de los datos personales en el código fuente de la página de la noticia en cuestión y en otras noticias sobre el proceso, como los nombres, apellidos e iniciales de los recurrentes. El País interpuso un recurso de casación.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso y ciñó su análisis al tratamiento de los datos personales de los demandantes llevado a cabo por El País a través de la hemeroteca digital. A diferencia de las sentencias recurridas, consideró que El País no había vulnerado la exigencia de veracidad del contenido. Pero que, sin embargo, el paso del tiempo tuvo como consecuencia que el tratamiento

de esos datos resultara inadecuado, no pertinente y excesivo, y que la publicidad general y permanente de su implicación en los hechos había generado un daño desproporcionado para el honor de los demandantes, por vincular sus datos personales a hechos que afectaban su reputación e intimidad con tan solo buscar sus nombres y apellidos en internet. Sostuvo que el “derecho al olvido digital” no garantiza que cada uno construya un pasado a su medida, ni tampoco justifica que quienes se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto. No obstante, ese derecho ampara que el afectado que no sea una personalidad pública pueda oponerse al acceso a sus datos personales mediante una simple búsqueda en internet de sus nombres y apellidos que haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, provoque un efecto estigmatizador e impida su plena inserción en la sociedad. La negativa de El País a cancelar el tratamiento de los datos personales de los demandantes vulneró el derecho de protección de datos personales y conllevó una intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad. Por otro lado, estimó improcedente modificar la información que aparecía en la hemeroteca digital —aunque consideró correcto impedir que los buscadores generales como Google o Yahoo pudieran acceder a la noticia a través de los datos personales de los demandantes— y entendió que la eliminación de sus nombres y apellidos suponía un sacrificio excesivamente desproporcionado del derecho a la libertad de información. Finalmente, estimó en parte el recurso y casó la sentencia de la Audiencia Provincial, que declaró sin valor ni efecto alguno respecto de la supresión de los datos personales de los demandantes, o incluso sus iniciales, y de la prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital de El País. Contra la sentencia se interpuso un incidente de nulidad de actuaciones, pero el Tribunal Supremo no lo admitió a trámite.

D. F. C. y M. F. C. interpusieron un recurso de amparo contra lo resuelto por el Tribunal Supremo.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España estimó parcialmente el recurso de amparo interpuesto por D. F. C. y M. F. C. Declaró que se había vulnerado el derecho al honor, a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE) de los demandantes. Los reestableció en su derecho y declaró la nulidad parcial de la sentencia del Tribunal Supremo, únicamente en lo relativo a la revocación del pronunciamiento de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había prohibido la indexación de los datos personales de los demandantes —nombres y apellidos— para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital de El País.

1. Se admitió el recurso de amparo por revestir una especial trascendencia constitucional, ya que afecta un derecho fundamental no tratado por la doctrina del Tribunal.

Se trata del “derecho al olvido” o “derecho al olvido digital”, posible proyección del derecho al honor, a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal,

en relación con las hemerotecas digitales como ámbitos en que se puede manifestar el ejercicio de las libertades informativas.

2. La demanda de amparo bajo estudio impugnó la sentencia del Tribunal Supremo por considerar que la supresión de las medidas tuitivas acordadas por la Audiencia Provincial, había vulnerado los derechos que aquellas medidas protegían, es decir, el derecho al honor, a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos (art. 18.4 CE) de los recurrentes en amparo, así como su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la motivación y proporcionalidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE). Esta última cuestión alude a la infracción del principio de proporcionalidad en la sentencia del Tribunal Supremo por falta de motivación sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de cada una de las medidas revocadas; sin embargo, no se dirigió ningún reproche a la resolución en el escrito de interposición del incidente de nulidad de actuaciones. La queja, en consecuencia, incurrió en falta de invocación formal, y por ello fue inadmitida.

3. Los accionantes solicitaron la exclusión de cualquier dato de carácter personal que permitiese su identificación. El Tribunal sustituyó sus datos personales por iniciales y omitió información que pudiera permitir su identificación, lo que constituye una excepción a la regla que el Tribunal aplica al respecto, dada la especificidad del caso.

4. Sobre el fondo, la queja formulada plantea un conflicto entre, de un lado, los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales y, de otro, el derecho a la libertad de información. Pero este conflicto posee matices singulares, relativos al modo en que la intimidad de las personas se ve expuesta con el uso de las tecnologías de la información —en particular con el uso de internet—, con la forma en que las herramientas informáticas desarrolladas para facilitar el acceso a la información (los buscadores) exponen los datos personales de la ciudadanía, con el modo en que el transcurso del tiempo puede influir en los equilibrios entre derecho al honor y la intimidad y las libertades informativas. Como consecuencia nace un “derecho al olvido”, y con la intervención de los medios de comunicación, que también se sirven de herramientas informáticas, en el contexto de la garantía de las libertades informativas que, con el uso de esas herramientas, se transforman en libertades de dimensión global y expanden su alcance hacia atrás en el tiempo de un modo complejo. Hoy, la información periodística ya no consiste solamente en la publicación de noticias de actualidad en la prensa escrita o audiovisual, sino en un flujo de datos sobre hechos y personas que circula por cauces no siempre sujetos al control de los propios medios de comunicación, y que permite ir hacia atrás en el tiempo y fabricar noticias con sucesos que no son actuales. Tales circunstancias impulsaron al Tribunal a ajustar su jurisprudencia sobre la ponderación de los derechos en conflicto.

Lo que plantean los recurrentes es el ejercicio del denominado “derecho al olvido”, que es el derecho a la supresión de los datos personales (conforme la Directiva 95/46/CE), estrechamente vinculado con la salvaguardia del derecho fundamental a la protección frente al uso de la informática, y con la protección del art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del Convenio 108 del Consejo de Europa

para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. El derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática, y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo.

El derecho al honor garantiza la dignidad de la persona frente a expresiones o mensajes de descrédito o menosprecio. A su vez, el derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo y su familia un ámbito reservado de su vida frente a divulgaciones o publicaciones no queridas.

La protección del derecho fundamental a la intimidad no resulta suficiente frente a las nuevas realidades derivadas del progreso tecnológico. El constituyente pone de manifiesto la existencia de riesgos asociados al progreso, y encomienda al legislador el desarrollo de un instituto de garantía como forma de respuesta a las nuevas formas de amenaza a la dignidad y a los derechos de la persona, pero que también es un derecho o libertad fundamental.

Por tanto, el art. 18.4 CE garantiza un ámbito de protección específico y más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el art. 18.1 CE, de modo que la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad, y que se traduce en un derecho de control sobre los datos personales. La llamada “libertad informática” es el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende la oposición del ciudadano a que ciertos datos personales sean utilizados para fines distintos a los originales.

Por tanto, si las libertades informáticas pueden definirse como derecho fundamental, también lo es porque se integra entre ellas el derecho al olvido.

5. Este reconocimiento expreso del derecho al olvido supone que le sea aplicable la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales. En el precedente STC 292/2000 se estableció que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la CE no le imponga expresamente límites específicos, los encuentra en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la CE.

La libertad de información, en este caso, es el derecho fundamental que podría actuar como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales. Los datos personales cuya supresión solicitan los recurrentes aparecen en una noticia digitalizada; en el artículo consta una exposición de los hechos sin ningún juicio de valor ni opinión, que forma parte del derecho a comunicar libremente información veraz que protege la difusión de hechos noticiables y de interés general, ya sea por la materia de que tratan o por las personas que intervienen. La noticia, digitalizada y vinculada a la hemeroteca digital de El País, pudo ser enlazada a motores de búsqueda generales de internet, porque el editor del sitio web —Ediciones El País— no utilizó protocolos informáticos de exclusión aptos para quitar la información contenida en el sitio de los índices automáticos de los buscadores.

Las sentencias de instancia resolvieron la cuestión sobre la base del presupuesto de que la actividad de los buscadores se califica como tratamiento automatizado de datos, aunque se refieran únicamente a información ya publicada tal cual en los medios de comunicación. La calificación sujeta a los motores de búsqueda y a los editores de sitios de internet a las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679, entre las cuales están las vinculadas a la garantía de los derechos fundamentales —en particular el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales—, de ahí que la actividad realizada por los buscadores que permite rastrear información sobre una persona constituye una injerencia en tales derechos. Con base en este criterio, fallaron favorablemente a la desindexación de la noticia de los motores de búsqueda, y la cuestión no fue controvertida porque la sentencia del Tribunal Supremo no revocó la medida.

El objeto de este recurso quedó circunscrito al uso de nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en hemerotecas digitalizadas. En ese contexto, los derechos en colisión son el derecho a la supresión de datos de una base informatizada, en relación mediata e instrumental con la garantía del derecho al honor y la intimidad de las personas a las que conciernen los datos, y las libertades informativas.

6. La libertad de información es un derecho fundamental de cada persona y también una garantía de la formación y existencia de la opinión pública libre. La garantía de la libertad informativa se vincula con la actividad de los medios de comunicación, es decir, la prensa escrita, radio, televisión y también los medios exclusivamente digitales. En este marco, el pluralismo es un valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). En esa medida, la libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 CE, no con carácter absoluto sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública. Del mismo modo, el derecho a la autodeterminación de los datos personales, el derecho a suprimirlos de una base informatizada gestionada por un medio de comunicación y el derecho al olvido respecto de publicaciones en hemerotecas puede ceder frente a la libertad de información en determinados supuestos. En cada caso, también deberá analizarse el valor del paso del tiempo a la hora de calibrar el impacto de la difusión de una noticia sobre el derecho a la intimidad de las personas, y la importancia de la digitalización de los documentos informativos para facilitar la democratización del acceso a la información de todos los usuarios de internet.

7. Dadas las particularidades del caso, se estimó parcialmente el recurso, porque: a) los recurrentes pretenden ejercitar el derecho al olvido respecto de una noticia que relata hechos veraces, pues no se controvierte que en los años 80 fueron detenidos en el marco de una investigación policial por tráfico de drogas, por el que finalmente fueron condenados como autores del delito de contrabando; b) la relevancia pública de la información, dado que es una noticia antigua recuperada por la hemeroteca digital, puede ser cuestionada. Es cierto que la materia de la noticia fue, y sigue siendo en buena medida, de gran interés público, porque abordaba el tema de la drogadicción y el tráfico de estupefacientes. Pero los recurrentes no eran

ni son personajes públicos. Y tampoco resulta indiferente que se revelen datos que inciden muy directamente sobre su honor y su intimidad.

La noticia relata hechos pasados que no tienen ninguna incidencia en el presente. No se trata de una noticia nueva sobre hechos actuales, ni de una nueva noticia sobre hechos pasados, lo que podría merecer una respuesta constitucional distinta. Su difusión actual prácticamente no contribuye al debate público. Por tanto, la retransmisión de la noticia, transcurridos más de treinta años desde que ocurrieron los hechos, carece de relevancia actual para la formación de la opinión pública libre, más allá de la derivada de la publicación en la hemeroteca digital. Además, si bien la noticia relata un suceso penal, no había sido particularmente grave ni había ocasionado un especial impacto en la sociedad de la época. En consecuencia, el transcurso de tan amplio margen de tiempo ha provocado que el inicial interés que suscitó el asunto haya desaparecido por completo. A la inversa, el daño que la difusión actual de la noticia produce en los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales de los recurrentes reviste una gravedad particular, por el fuerte descrédito que causa la naturaleza de los datos difundidos en su vida personal y profesional. Este daño, por consiguiente, se estima desproporcionado frente al escaso interés actual que la noticia suscita.

8. La sentencia del Tribunal Supremo impugnada había desestimado ciertas medidas (como impedir la indexación de la noticia a través de los nombres y apellidos de los demandantes por el buscador interno de la página, y la supresión de esos datos o la sustitución por las respectivas iniciales) por considerarlas desproporcionadas en relación con la libertad de prensa, ya que alteraban el contenido del archivo periodístico.

Cuando un derecho fundamental es considerado prevalente sobre otro, el preterido no debe dejar de ser contemplado, pero debe ser limitado solo en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar la garantía del primero. A la hora de valorar la limitación de la libertad de información, es necesario recordar la importancia de las hemerotecas digitales en el contexto de las actuales sociedades de la información. Esto significa que serán conducentes al restablecimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de los datos personales las medidas tecnológicas que tiendan a limitar adecuadamente la difusión de la noticia, pero que garanticen el acceso a la hemeroteca.

La prohibición de indexar los datos personales de los demandantes para su uso por el motor de búsqueda interno de El País debe ser considerada una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. La medida es necesaria porque su adopción limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de los recurrentes. Si bien se suprime la posibilidad de buscar por los nombres y apellidos de los recurrentes, se garantiza la función general de búsqueda y divulgación de noticias provista por el buscador del sitio web. Siempre será posible localizar la noticia mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de cualquier otro tipo. Y, en ese caso, la noticia seguiría disponible en soporte papel y en soporte

digital, por lo que continuará sirviendo a la formación de la opinión pública libre, lo que asegura la proporcionalidad de la medida.

No merece la misma valoración la supresión del nombre y apellido o la sustitución por las iniciales, pues, como se impidió el acceso a la noticia mediante la desindexación basada en el nombre propio de los recurrentes, la alteración del contenido ya no es necesaria para satisfacer los derechos invocados. En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de amparo y declaró la nulidad parcial de la sentencia recurrida.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo 2096/2016, promovido por D. F. C. y M. F. C. c. la sentencia del 15-10-2015 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación 2772/2013 y c. la providencia de la misma Sala del 17-2-2016, sentencia del 4-6-2018, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_060/2016-2096STC.pdf.



Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Derecho a la protección de la familia. Derecho a la salud. Protección de la salud del medio familiar. Derecho del trabajo. Libertad de trabajo. Lactancia materna. Carencia actual de objeto. Interés superior del menor. (Perú).

Antecedentes del caso: Duberlis Nina Cáceres Ramos era jueza unipersonal e integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Pese a que contaba con un permiso de lactancia, porque su hijo tenía cuatro meses de edad, cumplía una jornada laboral demasiado extensa, hasta altas horas de la noche, debido a la programación y reprogramación de audiencias. Indicó que también había trabajado durante los fines de semana, según los horarios programados por el especialista legal, dispuestos por la administradora del Módulo y con aquiescencia del presidente de la Corte. Agregó que, como represalia por sus pedidos de reprogramación de audiencias, el presidente de la Corte remitió informes a Odecma y al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) respecto de su desempeño como jueza en las audiencias, en que la hacía responsable de imponerse y poner en riesgo todo el sistema penal. Asimismo, sostuvo que el procedimiento administrativo sancionador en su contra se había iniciado sin tomar en consideración los presupuestos que motivaron sus decisiones relativas a la suspensión o reprogramación de audiencias. Por último, alegó que los hechos constituían evidentes actos de hostilidad contra su persona.

La accionante interpuso una demanda de amparo, contra el presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y la administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata, que solicitaba el cese inmediato de la vulneración de sus derechos fundamentales al disfrute del tiempo libre y al

descanso, así como de sus derechos a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad.

En primera instancia, el Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios declaró fundada la demanda, ordenó el restablecimiento del ejercicio de los derechos vulnerados de la demandante y dispuso la reprogramación de las audiencias.

En segunda instancia, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios declaró que el reclamo respecto de la vulneración del derecho a la lactancia carecía de objeto en ese momento, ya que la licencia había vencido el 15 de junio de 2016, cuando el niño había cumplido un año de edad. Por otro lado, revocó la resolución apelada en cuanto a la vulneración del derecho a la jornada máxima de 8 horas de trabajo por día o 48 horas por semana, y la declaró infundada, ya que, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Manual de Organización y Funciones de los Órganos Jurisdiccionales Penales de las Cortes Superiores de Justicia y el Manual Tipo de Procedimientos del Código Procesal Penal, son los especialistas de los juzgados unipersonal y colegiado quienes tienen la función de programar las audiencias en los plazos establecidos por ley y de acuerdo con la agenda del juez, por lo que se excluye de estas funciones al presidente de la Corte y a la administradora del Módulo. De otro lado, consideró que remitir copias a la OCMA y a otras instancias no significa amedrentamiento, sino poner en conocimiento lo resuelto por ser de competencia del presidente de la Corte.

Sentencia: el Tribunal Constitucional del Perú declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la persona, a la protección de la familia, a la protección de la salud del medio familiar y a la libertad de trabajo de la recurrente, así como al interés superior de su hijo.

1. El proceso constitucional tiene por objeto el cese inmediato de la vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente al disfrute del tiempo libre, al descanso, a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad. La recurrente había alegado que, en su condición de jueza unipersonal e integrante de un juzgado penal colegiado, la obligaban a trabajar dentro de su horario de lactancia (desde las 15 hasta las 16) y fuera del horario habitual de trabajo, debido a la programación y reprogramación de audiencias.

No obstante, el hijo de la recurrente ya había cumplido un año de edad y, por lo tanto, el permiso de lactancia se había interrumpido. Por otra parte, al tiempo de la sentencia, la recurrente estaba asignada al Cuarto Juzgado Penal Unipersonal del Callao, con lo cual ya no ejercía como juez unipersonal e integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y, por eso, no prestaba servicios en la Corte. Sin embargo, el Tribunal observó que: a) el Primer Juzgado Mixto de Tambopata había concedido una medida cautelar de no innovar a favor de la recurrente y dispuso la no programación de audiencias durante su horario de lactancia; b) el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial había resuelto que la citada resolución fuera cumplida en sus propios términos y que se debía coordinar los horarios de la actora, y c) la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Madre

de Dios había dispuesto la ejecución de la medida cautelar. Pese a ello, las medidas fueron incumplidas y se impidió el ejercicio efectivo del derecho de la recurrente. Por esa razón, la mujer solicitó el uso de su descanso vacacional durante parte de su periodo de lactancia y, además, dentro del mismo periodo, una licencia sin goce de remuneraciones, que también fue concedida, por lo que la agresión respecto de su derecho al permiso por lactancia se habría tornado irreparable.

Ante la evidente carencia actual de objeto, no cabría un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, el Tribunal se pronunció sobre el fondo por las siguientes razones. Primero, debido a la magnitud del agravio producido, no solo porque se habrían afectado derechos fundamentales, sino porque, además, no se habría acatado lo dispuesto en la medida cautelar, por lo que la recurrente tuvo que buscar otras alternativas para minimizar el daño (como el uso de vacaciones y la licencia sin goce de haberes). En segundo lugar, la situación descrita por la recurrente no solo incide en los derechos fundamentales que le fueron vulnerados, sino también en otros derechos y/o bienes jurídicos protegidos, cuya titularidad corresponde a su hijo recién nacido, como el interés superior del niño, la salud y la protección a la familia, estos dos últimos también en relación con la actora. En tercer lugar, los hechos descritos pueden derivar en un riesgo de irreparabilidad del daño a los derechos de las mujeres, las madres trabajadoras, los hijos y la familia.

2. Oportunamente se había concedido a la recurrente un permiso de una hora por lactancia materna, de las 15 a las 16, hasta que su hijo cumpliera un año de edad. Con el permiso se le recomendaba “evitar frustrar o suspender los juicios orales a su cargo que se encuentran programados con antelación o los que se programen a partir de las 7 horas o a partir de las 14 horas”.

Pese al reconocimiento expreso de su derecho al permiso por lactancia materna, se programaron audiencias durante el horario reconocido a la recurrente, es decir, entre las 15 y las 16.

Respecto de si los demandados son responsables de haber vulnerado el ejercicio efectivo del derecho a la lactancia de la demandante a causa de la programación y reprogramación de audiencias, el Tribunal Constitucional hizo referencia a las disposiciones normativas que asignan funciones y competencias al interior del Poder Judicial, a propósito de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el distrito judicial de Madre de Dios, dado que la grave afectación de los derechos de la recurrente y de su hijo se produjeron en el marco de la implementación.

3. La Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ, “Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa de Juicio con el Código Procesal Penal”, estableció que “el Especialista Judicial de Juzgados Unipersonal y Colegiado asignado a la causa estimará la duración total del juicio en número de horas (...) y luego programará las sesiones en la agenda del Sistema Integrado Judicial (SIJ) de acuerdo a lo coordinado con el Juez”. Además, dispuso que el especialista judicial de realización de audiencias se encargará de “reprogramar en el sistema la nueva fecha de audiencia en caso [de que] se hubiera frustrado la señalada, verificando previamente la agenda del Juez, de no contar con sistema organizarlo con el coordinador de audiencias”. Los especialistas judiciales dependen directamente de la administradora del Módulo del

Código Procesal Penal. Si bien, en principio, la programación y reprogramación de las audiencias en el sistema está en manos del especialista judicial y del especialista de audiencias, respectivamente, el administrador del Código Procesal Penal de cada Corte Superior también tiene injerencia en la programación y reprogramación, pues, entre otras funciones, debe “supervisar la programación de audiencias dentro de los plazos legales establecidos y bajo los principios de celeridad, así como la realización efectiva de las mismas bajo parámetros de estricta puntualidad, de acuerdo a la agenda judicial y la disponibilidad de las salas de audiencia” y “dar lineamientos para la elaboración de la agenda judicial, en función a la estadística, carga procesal, necesidad del servicio, disponibilidad logística y de recursos humanos”. Por otra parte, la resolución dispone que los presidentes de las cortes superiores de justicia del país, y la gerencia general del Poder Judicial, en cuanto sea de su competencia, adoptarán las medidas administrativas pertinentes para darle cumplimiento, con lo cual se acredita la participación de los presidentes de las cortes en el desarrollo de las audiencias en el marco de la implementación del Código Procesal Penal.

4. La actora presentó oportunamente su reclamo por la asignación de audiencias. El presidente de la Corte, en respuesta, indicó que, de acceder a su pedido, se pondría en riesgo todo el sistema penal del distrito judicial, y puso en conocimiento la solicitud al presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de la Oficina de Control de la Magistratura y de la Odecma de Madre de Dios, para que procedieran según sus atribuciones.

También quedó demostrado que, ante una solicitud de la recurrente, el especialista en audiencias le respondió no estaba permitido interrumpir una audiencia y que el procedimiento estaba “monitoreado desde Lima”.

Además, el especialista judicial de audiencias había informado a la administradora del Módulo que la recurrente sobreponía su agenda personal a las audiencias previamente programadas, que no había aceptado que las audiencias continuaran “fuera del horario de trabajo” y que había solicitado que fueran “programadas dentro del horario laboral”.

5. El Tribunal señaló que el acto lesivo era consecuencia de la programación y reprogramación de audiencias durante el horario de lactancia de la demandante que, pese a haber sido reconocido mediante una resolución administrativa, no se respetó. Asimismo, observó que las programaciones realizadas por el especialista judicial y el especialista de audiencias fueron consecuencia de las indicaciones dadas por la administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal del distrito judicial de Madre de Dios, con la aceptación del presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

La violación del derecho al permiso por lactancia materna de la demandante da lugar, a su vez, a la violación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de trabajo, a la protección de la familia y a la salud del medio familiar. También se han visto vulnerados los derechos del hijo de la actora, tales como la protección de la familia, la salud del medio familiar, así como el interés superior del niño. Además, se acreditó que, en efecto, la jornada laboral de la actora excedía las 8 horas diarias o 48 semanales.

6. Durante el transcurso del proceso, el juez del Juzgado Mixto de Tambopata dictó una medida cautelar y dispuso que durante el horario de lactancia de la actora — que venció en junio de 2016— no se programaran audiencias. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial resolvió que la resolución fuera cumplida en sus propios términos y que se procediera a coordinar las audiencias con los horarios de la actora. Finalmente, la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios dispuso la ejecución de la medida cautelar. No obstante, ninguna de las medidas fue cumplida por los demandados, lo que agravó aún más la violación de los derechos fundamentales de la recurrente y de su hijo recién nacido.

En atención al incumplimiento tanto de la resolución que concedió el permiso por lactancia como de lo dispuesto en la medida cautelar, con la intención de menguar las consecuencias de la violación de sus derechos y los de su hijo, la recurrente se vio obligada no solo a solicitar el uso de su descanso vacacional, sino también una licencia sin goce de remuneraciones.

7. La vulneración de los derechos fundamentales de la demandante y de su hijo se dio en el marco de la implementación del Código Procesal Penal, acompañada de medidas y directivas que, con carácter general y obligatorio, buscaron la efectiva y adecuada aplicación del nuevo sistema procesal penal.

Como parte de las medidas, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial expidió la Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ, a través de la cual se aprobaron los “Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa del Juicio con el Código Procesal Penal”. La resolución tuvo como sustento el lugar preponderante que ocupa la audiencia de juicio en los procesos penales, en tanto que “permite materializar los principios de inmediación, oralidad y publicidad”, además de guardar relación directa con “la producción de los órganos jurisdiccionales expresada en el número de sentencias emitidas”. Los lineamientos fueron interpretados de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que “en los procesos penales se consideran hábiles todas las horas y días del año” (art. 126). También se desprende de lo señalado por la administradora del Módulo del Código Procesal Penal, que afirmó que, en su carácter de administradora, no podía “ir en contra de la Ley Orgánica del Poder Judicial” y que “las audiencias en materia penal y bajo el nuevo Código Procesal Penal, se realizan aún en días inhábiles y en horas fuera del horario laboral”.

Se han adoptado medidas pertinentes para la progresiva y efectiva implementación del Nuevo Código Procesal Penal, tales como el Decreto Legislativo 958, que regula el Proceso de Implementación y Transitoriedad del Nuevo Código Procesal Penal y creó la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, para el diseño, conducción, coordinación, supervisión y evaluación del proceso de implementación de la reforma procesal penal. A ello se suma el esfuerzo de los presidentes de las cortes, administradores, magistrados, personal jurisdiccional y administrativo en general. No obstante, no se puede pretender alcanzar los fines perseguidos a costa de la vulneración de derechos fundamentales y desconocer el horario de lactancia de la madre trabajadora.

El hecho de que, a efectos de lograr la plena implementación del Sistema de Justicia Penal, los magistrados y personal en general acepten voluntariamente trabajar

más allá de su horario laboral habitual no constituye en sí mismo una vulneración a sus derechos fundamentales. Sin embargo, que las autoridades y administradores del Poder Judicial consideren que debe ser una regla, contra la propia voluntad de los servidores públicos, e incluso sin respetar el horario de lactancia, constituye una grave afectación de derechos.

8. El Poder Judicial carece de la infraestructura y el personal necesarios para la efectiva resolución de sus causas de manera inmediata. No obstante, el Decreto Legislativo 958, en su art. 7, dispuso que el Poder Judicial propusiera a la Comisión Especial de Implementación, entre otras cuestiones, el número de jueces y personal judicial que se requieran en el Distrito Judicial correspondiente. En este caso, la disposición no fue respetada, en la medida en que el colegiado y los juzgados unipersonales no supieron dar respuesta a la sobrecarga procesal derivada de la implementación del Código Procesal Penal en el distrito judicial de Madre de Dios.

Los recursos para el mejoramiento del sistema de justicia son limitados, lo cual coadyuva a que el Poder Judicial padezca un problema estructural. Esta circunstancia provoca que las madres trabajadoras se vean afectadas en sus derechos fundamentales. Es obligación de públicos y privados facilitar el permiso por lactancia y evitar que cualquier trabajadora de una actividad remunerada pueda sufrir un tratamiento arbitrario.

Acreditada la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante, corresponde ordenar que la demandada asuma el pago de los costos procesales (art. 56 del Código Procesal Constitucional).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, exp. 01272-2017-PA/TC Madre de Dios, recurso de agravio constitucional interpuesto por Duberlis Nina Cáceres Ramos c. la resolución de fecha 3-10-2016, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, sentencia del 5-3-2019, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01272-2017-AA.pdf>.



Derecho ambiental. Principios del derecho ambiental: principio de precaución, principio *in dubio pro natura*, principio de participación ciudadana, principio de no regresión. Manglar. Convención sobre los Humedales. Derecho a un medio ambiente sano. Carácter colectivo del medio ambiente. Interés legítimo para promover un amparo en materia ambiental. (México).

Antecedentes del caso: vecinas de la Laguna del Carpintero en Tampico, Tamaulipas, presentaron en amparo por la violación de su derecho a un medio ambiente sano. Alegaron que el proyecto Parque Ecológico Laguna del Carpintero afectaba el manglar de la zona.

La jueza determinó que las vecinas no habían acreditado haber sufrido un daño como consecuencia de la afectación al medio ambiente, y las accionantes recurrieron la decisión.

Sentencia: la Suprema Corte de Justicia de México modificó la sentencia recurrida, confirmó el sobreseimiento de Liliana Cristina Cruz Piña, concedió el amparo solicitado por Diana Paola de la Cruz Piña y declaró infundado el recurso de revisión adhesiva.

1. El derecho a vivir en un medio ambiente sano es un derecho humano que faculta a las personas, como parte de una colectividad, para exigir la protección efectiva del medio ambiente. El ámbito de tutela de este derecho busca regular las actividades humanas para proteger la naturaleza y su valor intrínseco, y mantener un medio ambiente sano y digno. El fundamento de este derecho es la solidaridad, que entraña un análisis de interés legítimo y no de derechos subjetivos y de libertades: la idea de obligación prevalece sobre la de derecho, pues estamos ante responsabilidades colectivas más que ante prerrogativas individuales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos ha llevado a que el derecho al medio ambiente sea reconocido en sí mismo. No cabe duda de que la degradación del medio ambiente vulnera otros múltiples derechos humanos. Sin embargo, la importancia de la protección de este derecho humano ha generado una evolución hacia el reconocimiento de la naturaleza como un valor tutelable. Por eso, el carácter autónomo del derecho humano al medio ambiente y su interdependencia con otros derechos supone una serie de obligaciones ambientales para los Estados.

Este derecho posee una dimensión doble: la objetiva o ecologista, que protege el medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo que atiende a la defensa y restauración de la naturaleza y sus recursos con independencia de sus repercusiones en el ser humano, y la subjetiva o antropocéntrica, según la cual la protección de este derecho constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos de la persona. La salvaguarda efectiva de la naturaleza no solo descansa en la utilidad que representa para el ser humano, sino también en la convicción de que el medio ambiente exige una protección *per se*. La vulneración de cualquiera de estas dos dimensiones constituye una violación del derecho humano al medio ambiente.

La Corte Interamericana ha expresado que el derecho humano a un medio ambiente sano tiene connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, interesa a generaciones presentes y futuras. En su dimensión individual, su vulneración puede tener repercusiones directas e indirectas sobre las personas dada su interrelación con otros derechos, como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, etc.

El art. 4 de la Constitución de México prevé el derecho al medio ambiente como un auténtico derecho humano, y el bien jurídico protegido es el “medio natural”, entendido como el entorno en el que se desenvuelve la persona y está caracterizado por el conjunto de ecosistemas y recursos naturales que permiten el

desarrollo integral del individuo. Por lo tanto, el Estado mexicano debe garantizar ambas dimensiones del derecho al medio ambiente sano, o, lo que es lo mismo, velar por una protección autónoma del medioambiente que no esté sujeta a la vulneración de otros derechos. El objetivo de este ámbito de tutela es evitar el daño ecológico que pueda producir la intervención del hombre en la administración de los recursos naturales y que afecte los intereses difusos y colectivos cuya reparación pertenece, como *ultima ratio*, a la sociedad en general.

El derecho ambiental se fundamenta en numerosos principios que guían la actividad jurisdiccional. Por un lado, el principio de precaución, una herramienta para resolver situaciones de incertidumbre, pues, ante el peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no justifica postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos. La anticipación es fundamental para prevenir, vigilar e impedir la degradación del medio ambiente. Según este principio, cuando la experiencia empírica refleja que una actividad es riesgosa para el medio ambiente, resulta necesario adoptar todas las medidas indispensables para evitarlo o mitigarlo aun cuando no exista certidumbre sobre el daño ambiental. Por otro lado, el principio *in dubio pro natura*, vinculado con los principios de prevención y precaución: ante la duda sobre la certeza o exactitud científica de los riesgos ambientales, se debe resolver a favor de la naturaleza. Además, el principio de participación ciudadana: el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales depende de la participación de todos los ciudadanos interesados. En este contexto, los ciudadanos poseen el derecho de acceder a la información que sobre el medio ambiente tengan las autoridades. La obligación del Estado no solo es brindar información, sino también fomentar y sensibilizar la participación ciudadana. En este sentido, el principio de participación ciudadana implica el de iniciativa pública. También el principio de no regresión: los poderes públicos no pueden disminuir o afectar el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado. El principio de progresividad se traduce en la prohibición correlativa de regresividad, lo que significa que el Estado no puede retroceder en la garantía de protección alcanzada, excepto que se demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con un fin constitucionalmente válido.

2. El manglar es un humedal de tipo pantanoso-salobre que es afectado por las mareas y marca la transición entre el mar y la tierra. Crecen árboles y arbustos, especialmente el mangle rojo, comúnmente asociado con los estuarios, los arrecifes de coral y las marismas. Es un ecosistema irremplazable por la importancia de sus funciones: hidrológica, biológica, química, ecológica, económica, cultural y social. La función química más importante es su capacidad de mantener la calidad del agua. De hecho, los manglares comenzaron a ser utilizados como plantas de tratamiento de agua residual.

En el ámbito internacional, México forma parte de la Convención sobre los Humedales, que reconoce los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de fauna y flora características. Por lo tanto, constituye un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida es irreparable.

En el ámbito nacional hay normas que establecen las especificaciones para la preservación, conservación, aprovechamiento sustentable y restauración de los humedales costeros en zonas de manglar, reconocen los beneficios que generan para la población, e identifican al mangle rojo, negro y blanco como especies amenazadas.

La protección de los humedales es una prioridad nacional e internacional que ha llevado a México a establecer una regulación estricta. Cualquier análisis debe seguir un criterio de máxima precaución y prevención.

3. El medio ambiente, indispensable para la conservación de la especie humana, es un bien público cuyo disfrute o daño afecta a toda la comunidad en general, por lo cual su defensa y titularidad es de carácter difuso, y debe ser reconocido en lo individual y en lo colectivo.

La protección de esta especial categoría de derechos ha incorporado conceptos como el interés legítimo. El reconocimiento del interés legítimo no supone necesariamente la posibilidad de una acción popular, ya que no se busca tutelar un interés genérico de la sociedad, sino garantizar el acceso a la justicia ante lesiones a intereses puntuales. Quien alega un interés legítimo debe tener una relación directa con el medio ambiente, lo que le permite exponer el agravio de modo diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad. Por ello, el interés legítimo para promover un amparo en materia ambiental depende de la especial relación de la persona o la comunidad con el ecosistema vulnerado y los beneficios que genera. La privación o afectación de los beneficios de un ecosistema determina la posición del accionante para acudir al juicio de amparo a reclamar su protección, pues le permite formular un agravio diferenciado frente al resto de las personas que pueden sentirse afectadas por el daño al medio ambiente.

Los beneficiarios ambientales son quienes habitan o utilizan el entorno adyacente o las áreas de influencia de un ecosistema, es decir, las áreas en las cuales impactan las funciones de un ecosistema, entendidas como los procesos biofísicos que genera en beneficio de los seres humanos y del medio ambiente. El concepto de entorno adyacente se corresponde con el principio de participación ciudadana. Para acreditar el interés legítimo en materia ambiental no es necesario demostrar el daño al medio ambiente, pues, de acuerdo con el principio de precaución, el daño o el riesgo de daño al medio ambiente constituirá la materia de fondo del juicio de amparo.

Por su parte, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios. Los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental para acreditar que el accionante es beneficiario de los servicios ambientales que produce el ecosistema.

4. Las recurrentes alegaron que la remoción, rellenado y fragmentado del mangle afectaron los beneficios ambientales del manglar de la Laguna del Carpintero, y que, como vecinas del lugar, se veían directamente perjudicadas.

4.1. La construcción del Parque Temático Ecológico de la Laguna del Carpintero se proyectó en un terreno aledaño a la laguna. Es una zona de humedales

conectada con el río Pánuco y con el mar en el que crecen el mangle rojo, negro y blanco, especies sujetas a una protección especial, y que contiene el ecosistema de manglar. El área específica en la que se pretende desarrollar el proyecto está ubicada dentro del sitio prioritario del manglar, que cuenta con un corredor biológico de aves y en el que se dan procesos de remoción y regeneración del manglar.

4.2. Por otra parte, el humedal genera los siguientes beneficios ambientales: captación, infiltración y provisión de agua de calidad y en cantidad suficiente; mitigación de los efectos del cambio climático mediante la captura y almacenamiento de dióxido de carbono; retención y formación de suelo; sistema natural de control de inundaciones y barrera contra huracanes e intrusión salina, control de erosión y protección de costas; conservación de la biodiversidad; estabilidad climática; conservación de ciclos biológicos; suministro de áreas de refugio y zonas de crianza para una gran diversidad de especies, valor derivado de su belleza y significado cultural, entre otros, que representan beneficios y generan bienestar para la sociedad a nivel local, regional y global.

Los humedales tienen funciones hidrológicas de contigüidad, regulación climática y estabilización costera que mantienen la biodiversidad marina y terrestre. La autoridad de aplicación de la Convención reconoció los humedales como parte de la “infraestructura natural” del planeta por permitir el desempeño de funciones vitales para la vida humana como el almacenamiento de agua, la protección contra las tormentas y la mitigación de las crecidas, el amortiguamiento de las sequías, la estabilización de las costas y el control de la erosión; la recarga y la descarga de los acuíferos; la depuración de aguas; la retención de nutrientes, sedimentos y contaminantes, y la estabilización de las condiciones climáticas locales, particularmente lluvia y temperatura.

Además, los humedales reportan beneficios económicos como el abastecimiento de agua, pesca, agricultura, madera y otros materiales de construcción, recursos energéticos, como turba y madera vegetal, recursos de vida silvestre, transporte, un amplio espectro de otros productos de humedales y posibilidades de recreación y turismo.

4.3. El humedal de la Laguna del Carpintero es un ecosistema con diversas áreas de influencia y genera beneficios locales, como control de inundaciones, barrera contra huracanes y retención y formación de suelo, y regionales, como la captación, infiltración y provisión de agua y protección de costas, y, finalmente, también globales como la mitigación de los efectos del cambio climático y la protección de la biodiversidad.

Si bien los beneficios de cualquier ecosistema tienen influencia global, la Sala consideró que el interés legítimo en materia ambiental no puede responder al interés general de toda la sociedad, sino que es necesario que el accionante demuestre la afectación específica a sus derechos.

4.4. El ecosistema en cuestión tiene un área de influencia regional que incluye a todos los habitantes de Tampico, pues el humedal los beneficia directamente. En consecuencia, solo los habitantes de la ciudad tienen un interés legítimo respecto del medio ambiente local, y no así el resto de la sociedad.

Una de las accionantes acreditó habitar en Tampico, por lo que contaba con interés legítimo para promover el amparo. Por el contrario, la otra accionante no era vecina del lugar ni se beneficiaba directamente de la zona de influencia del ecosistema de la Laguna del Carpintero, por lo que no quedó demostrada su especial posición.

Por tanto, la Sala decidió revocar la sentencia recurrida únicamente respecto de la primera accionante a efecto de reconocer su interés legítimo para promover el amparo, mientras que confirmó el sobreseimiento decretado por la jueza respecto de la segunda, ya que no acreditó su interés legítimo.

4.5. Además, se estudió la revisión adhesiva promovida por el presidente municipal de Tampico, ya que contaba con interés legítimo para promover el amparo.

Expuso que: i) estimaba inexacta la apreciación de la jueza pues, de la documentación obrante, no se desprendía la afectación al ecosistema; ii) consideraba inexacto que la jueza hubiera conferido valor probatorio a la copia certificada de la credencial de elector de la accionante, pues no es un medio suficiente para acreditar el domicilio; iii) con el sobreseimiento, se dejaron de valorar diversos medios probatorios que demostraban que no se había dañado el medio ambiente, ni afectado el humedal costero, ni mucho menos talado o dañado el mangle, por lo que se debía denegar el amparo a las accionantes; iv) que el predio donde se ubica el no corresponde a un humedal, que no se afectaron plantas de mangle, ni al medio ambiente y que, al contrario, el objeto de la obra fue la reforestación y regeneración del lugar, la creación de áreas verdes y la conservación de las áreas que lo requerían. Solicitó que se confirmara el sobreseimiento decretado en la sentencia combatida o, en su caso, se denegara el amparo a las accionantes al no haber acreditado el interés legítimo.

La Sala señaló que sus argumentos no resultaban suficientes, por lo que debían declararse infundados.

5. Dado que resultaron parcialmente fundados los agravios de las accionantes, e infundados e inoperantes los agravios promovidos por el recurrente adhesivo, la Sala modificó la sentencia impugnada y levantó el sobreseimiento únicamente respecto de la accionante que había acreditado ser habitante de Tampico y, por lo tanto, que tenía un interés legítimo para impugnar los actos reclamados.

Por otro lado, la Sala confirmó el sobreseimiento de la segunda accionante, pues no acreditó su interés legítimo.

6. El rol del juez de amparo en juicios que involucren el derecho humano al medio ambiente debe evolucionar para encontrar una respuesta más ágil, adecuada y eficaz, sin abandonar las reglas que rigen el proceso de amparo, sino dotarlas de funcionalidad frente a la especial configuración de este derecho humano. En efecto, la protección del derecho humano al medio ambiente está estrechamente ligada al conocimiento científico y/o técnico y esta particularidad dificulta la defensa ciudadana del derecho, porque los elementos probatorios son de difícil acceso y comprensión e implican un costo elevado. Existe una situación de desigualdad entre la autoridad responsable y el vecino, ciudadano, habitante, poblador, afectado, beneficiario, usuario o consumidor, por lo que, en función del principio de

participación ciudadana, se deben adoptar medidas que corrijan esta asimetría. Para hacerlo, el juzgado cuenta con dos herramientas: a) la reversión de la carga probatoria conforme al principio de precaución (se pone en cabeza de la autoridad responsable la acreditación de la inexistencia del daño al medio ambiente) y b) su papel activo para obtener los medios de prueba necesarios (está facultado para recabar de oficio las pruebas pertinentes para conocer con precisión el riesgo de daño ambiental, sus causas y repercusiones).

7. La accionante sostuvo que el planeamiento y elaboración del proyecto de Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero vulneró los arts. 1, 4, 14 y 16 de la Constitución Federal, puesto que dañó el medio ambiente a través de la destrucción de los humedales y manglares de la zona. Además, se vulneró el principio de legalidad, dado que los actos se llevaron a cabo sin la autorización de impacto ambiental expedida previamente por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Tales argumentos resultaron fundados.

Se pudo acreditar que en el área en la que se desarrolla el proyecto hay humedales, particularmente, mangle blanco, negro y rojo, y que el proyecto se desarrolla en contravención a las normas en materia medioambiental (la Ley General de Vida Silvestre prohíbe la remoción, relleno, trasplante, poda, o cualquier obra o actividad que afecte la integralidad del flujo hidrológico de los manglares, del ecosistema y su zona de influencia, a su vez, la Ley General de Equilibrio Ecológico y su reglamento establecen la obligación de quienes pretendan realizar obras y actividades en humedales, manglares, lagunas, ríos, lagos y esteros conectados con el mar, así como en sus litorales o zonas federales, de contar con una autorización previa de impacto ambiental expedida por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales -SEMARNAT).

Se corroboró que el municipio de Tampico no contó con la manifestación de impacto ambiental previa emitida por la SEMARNAT para desarrollar el proyecto en esta zona de humedales. La actividad se tornó ilegal y contraria al principio de precaución por poner en riesgo al área protegida. El desarrollo de un proyecto sin esa autorización contraviene el principio de no regresión, pues no respeta el nivel de protección ya alcanzado para el ecosistema. La ausencia de la autorización de la SEMARNAT permite concluir que el humedal está en riesgo y que, a la luz de los principios de precaución, *in dubio pro natura* y no regresión en materia ambiental, corresponde otorgar la protección constitucional.

La Sala consideró que el desarrollo de un proyecto sin la autorización de impacto ambiental exigida implicaba la desprotección del medio ambiente y la vulneración al art. 4 de la Constitución, por lo que fue innecesario contar con más elementos para probar el daño. También resultó innecesario valorar las pruebas ofrecidas por el municipio de Tampico, pues quedó acreditado que el proyecto ponía en riesgo los manglares de la zona.

Además, en términos del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, si bien el ciudadano tiene un derecho-deber de proteger el medio ambiente, lo cierto es que el obligado principal a acatar la normativa ambiental es el Estado. Es suficiente que un ciudadano demuestre que la autoridad incumplió con su

deber de garante para considerar vulnerado el derecho humano al medio ambiente y conceder la protección constitucional.

Por lo expresado, la Sala concluyó que las autoridades responsables vulneraron el principio de legalidad previsto en los arts. 14 y 16 de la Constitución, porque desarrollaron actos en contravención de normas de orden público en materia ambiental y, además, violaron en perjuicio de la accionante el art. 4° de la Constitución al poner en riesgo el ecosistema en cuestión.

En consecuencia, la Sala concedió el amparo y la protección de la Justicia federal.

8. La protección fue concedida para que las autoridades responsables: a) se abstengan de ejecutar el proyecto Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero, y b) restituyan la zona de mangle ubicada en el área en que se desarrolla el proyecto.

La falta del estudio de impacto ambiental dejó en grave estado de desprotección al ecosistema de humedales y obligó a tomar medidas para remediarlo, como ordenar el cese de acciones que continúen o agraven el riesgo.

Con relación a la restitución del ecosistema en el Parque Ecológico Laguna del Carpintero, la Sala concedió protección constitucional a la accionante en virtud de que los actos reclamados ponen en riesgo grave a los humedales.

La Sala estimó necesario que las autoridades federales especializadas y competentes en la materia emitan lineamientos de acción para la recuperación y conservación del área de manglar ubicada en el Parque Ecológico Laguna del Carpintero y que las autoridades responsables atiendan cabalmente esos lineamientos.

Por otra parte, la Sala requirió a la Comisión Nacional para el Conocimiento y el Uso de la Biodiversidad y a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales emitir un proyecto de recuperación y conservación del área de manglar ubicada en la zona en que se desarrolla el Parque Ecológico Laguna del Carpintero. El proyecto deberá establecer la situación actual del ecosistema, las afectaciones a los mangles, las medidas adecuadas para su restauración o recuperación, y también determinar los lineamientos concretos de actuación para la autoridad responsable y un cronograma de actuación a corto, mediano y largo plazo a fin de que las autoridades cumplan con el fallo. Finalmente, los delegados federales de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente y de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, ambos en el estado de Tamaulipas, deberán, en el ámbito de sus respectivas competencias, impulsar, coadyuvar, vigilar y compeler a las autoridades municipales para que cumplan con el proyecto.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, MÉXICO, Primera Sala, amparo en revisión 307/2016, promovido por Liliana Cristina Cruz Piña y otra c. actos del presidente municipal de Tampico, estado de Tamaulipas, y otras autoridades, sentencia del 14-11-2018, en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf, https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas/documento/2018-11-21/acta%20de%20sesion%20publica%2014%20de%20noviembre%20de%202018%2039%20INTERNET_0.pdf.



Derecho de defensa. Derecho a la asistencia letrada. Extranjero residente. Hábeas Corpus. Debida motivación de las resoluciones administrativas. (Perú).

Antecedentes del caso: una mujer ecuatoriana residente en Perú fue detenida en agosto de 2014 por la policía sin que se comprobara que había cometido un delito flagrante y sin haber respetado su condición de extranjera residente. Estuvo incomunicada en la División de Extranjería de la Policía Nacional del Perú. Sostuvo que había sido tratada como una delincuente, que no había sido informada sobre los motivos de su detención y que no se le había permitido ser asistida por un abogado, lo que vulneró su derecho de defensa.

La Superintendencia Nacional de Migraciones canceló por resolución la residencia de la mujer en Perú y le ordenó salir del país. La disposición se limitó a señalar la norma legal que supuestamente habría infringido sin especificar los hechos y el sustento fáctico legal que justificó la cancelación de la residencia. A su vez, la accionante arguyó que se había afectado la debida motivación, dado que motivar una decisión no solo significa expresar bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma suficiente las razones de hecho y el sustento jurídico de la decisión.

La accionante interpuso una demanda de hábeas corpus contra la Superintendencia Nacional de Migraciones para solicitar la nulidad de todo lo actuado desde que fue detenida por la policía hasta que se canceló su residencia. Alegó la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones administrativas, así como el derecho de ingresar, transitar y salir del territorio peruano en su calidad de extranjera residente. Solicitó que se ordenara dictar nuevas resoluciones con arreglo a derecho.

El Quincuagésimo Quinto Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima declaró la improcedencia liminar de la demanda. Consideró que la decisión cuestionada había sido tomada luego de una investigación de la División de Extranjería de la Dirección de Seguridad Integral de la Dirección de Seguridad de la Policía Nacional del Perú. A juicio del juzgado, la resolución se adoptó de acuerdo con las diligencias policiales, que probaron que la mujer realizaba actividades lucrativas y que no contaba con medios económicos suficientes para afrontar los costos de su residencia, lo que justificaba la sanción de cancelación de residencia prevista en el art. 63.2 de la antigua Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 703).

La sentencia fue apelada. La Cuarta Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima la confirmó.

Sentencia: el Tribunal Constitucional del Perú declaró fundada en parte la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho de defensa, pero resolvió que era improcedente en los demás extremos.

En consecuencia, declaró nulo todo lo actuado desde que la accionante fue detenida por la policía el 21 de agosto de 2014 hasta la orden de salida dictada por

Migraciones el 22 de agosto de 2014. Dejó a salvo las competencias de las autoridades migratorias involucradas para que procedieran, de ser necesario, conforme al último apartado de la sentencia.

1. La demanda solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente labrado por la cancelación de la residencia de la accionante en el territorio nacional, es decir, desde su detención hasta la resolución de Migraciones.

Según la recurrente, se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la debida motivación de las resoluciones administrativas y a su derecho de ingresar, transitar y salir del territorio peruano como extranjera residente. Por eso, cuestionó los defectos del procedimiento migratorio.

El Tribunal consideró que debía determinar si se había vulnerado el derecho de defensa, dado que la demandante no había podido refutar las acusaciones en su contra.

2. La Superintendencia Nacional de Migraciones dispuso la salida del país de la accionante en un plazo de quince días. No hay constancia de que esa orden haya sido dejada sin efecto o declarada nula.

Por otro lado, la directora general de asesoría jurídica de la Superintendencia Nacional de Migraciones informó al Tribunal que la demandante estaba en una situación migratoria irregular. Por lo tanto, a fin de resolver el caso, el Tribunal consideró vigente la resolución mencionada.

3. La Constitución reconoce el derecho de defensa en el art. 139, inc. 14, que garantiza que ninguna persona, en la protección de sus derechos y obligaciones de cualquier naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), quede en estado de indefensión. Por lo tanto, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en un proceso judicial, cualquiera de las partes no puede por actos concretos de los órganos judiciales o de las autoridades administrativas de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

Las garantías constitucionales consagradas en el art. 139 de la Constitución y en el art. 4 del Código Procesal Constitucional son de aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores.

Entre esas garantías está el derecho de defensa, que proscribe cualquier estado o situación de indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el involucrado; el derecho a no declarar contra sí mismo; el derecho a la asistencia de letrado o a la autodefensa; el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa; el derecho a la última palabra, entre otros.

4. El derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el momento en que toma conocimiento de la acusación; y otra formal, que supone el derecho al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor desde que es citado o detenido por la autoridad y durante toda la investigación preliminar o el proceso. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser puesto en estado de indefensión durante el proceso. Así, las garantías mínimas que se exigen en el proceso penal son extrapolables al proceso administrativo sancionador, sobre todo en lo que respecta al derecho de defensa.

El derecho a contar con un abogado, como contenido del derecho de defensa, está reconocido en el art. 139, inc. 14, de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho “a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”

De manera específica, sobre la dinámica de este derecho en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores, el Tribunal estableció que, en principio, el derecho de defensa puede ser ejercido directamente por el interesado ante cualquier autoridad. No obstante, no todos los actos procesales permiten a cualquier persona citada, detenida o procesada ejercer de manera directa su derecho de defensa. Así pues, el derecho de defensa incluye el derecho a elegir libremente un abogado defensor. El derecho a la asistencia letrada se vulnera cuando el órgano judicial no facilitó al procesado la posibilidad de designar un abogado defensor o recurrir a un abogado defensor de oficio. No basta con la designación del abogado defensor de oficio, sino que es preciso garantizar la efectividad de su asistencia, y, en su defecto, sustituirlo u obligarlo a cumplir su deber. A diferencia del proceso penal, en que el derecho a la asistencia letrada es absoluto, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador el derecho a la asistencia letrada es relativo, pues existen diversos condicionamientos procesales y materiales. Sin embargo, ello no priva al administrado del derecho a la asistencia letrada ni lo obliga a actuar personalmente, sino que lo faculta a elegir entre la autodefensa o la defensa técnica. De este modo el derecho a la asistencia letrada implica no solo el nombramiento libre de un letrado, sino también su asistencia efectiva. La autoridad debe informar al administrado, citado, detenido, acusado o procesado que su defensa puede ser asumida por él mismo, por un abogado que elija libremente o, de ser el caso, por un abogado designado por la institución o un defensor de oficio.

5. El Tribunal no advirtió que las autoridades policiales o administrativas le hubieran informado a la recurrente sobre su derecho a elegir libremente un abogado para que la asista durante el procedimiento migratorio. Pese a ello, la demandante tenía la intención de contar con una defensa técnica pero no le fue permitido.

Dadas las posibles consecuencias del procedimiento migratorio (la cancelación de la residencia, como de hecho ocurrió, y la orden de salida obligatoria del país), las autoridades involucradas estaban obligadas a informar a la demandante de su derecho a contar con asistencia letrada, y a permitirle contar con ella. Este derecho cobra especial relevancia en procedimientos administrativos que colocan a personas extranjeras frente a un sistema jurídico ajeno y en una situación de particular vulnerabilidad.

La demandante no tuvo posibilidad, durante el procedimiento, de demostrar que no correspondía aplicar la causal de cancelación de residencia prevista en el numeral 2 del art. 63 de la antigua Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 703).

La vulneración del derecho de defensa impidió a la accionante detallar sus recursos económicos para que las autoridades pudieran evaluar de manera objetiva si correspondía o no aplicar la causal de cancelación de residencia. La consecuencia práctica fue que las autoridades migratorias no tuvieron elementos suficientes para valorar correctamente el caso y motivar adecuadamente su decisión.

Por los motivos expuestos, el Tribunal estimó que se había vulnerado el derecho a la asistencia letrada de libre elección como manifestación del derecho de defensa de la recurrente.

6. Dado que se ha acreditado que la decisión violó el derecho de defensa por no haber permitido a la recurrente refutar la infracción que habría cometido, el Tribunal declaró nulo todo lo actuado desde que la mujer fue detenida hasta la orden de salida decidida al día siguiente.

En consecuencia, las autoridades involucradas en ese procedimiento migratorio de cancelación de residencia deben adoptar las acciones convenientes de acuerdo con las circunstancias actuales, bajo un respeto irrestricto del derecho de defensa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. 04729-2W 5-PHC/TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por XX c. la resolución de fecha 18-3-2015 expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia del 26-2-2019, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04729-2015-HC.pdf>.



Derecho de Familia. Divorcio. Compensación económica. Principios de igualdad y de equidad. (México).

Antecedentes del caso: Ramón solicitó el divorcio sin expresión de causa. En 2010 fue declarado procedente, pero, por no llegar a un acuerdo respecto del convenio de compensación, se dejaron a salvo los derechos de las partes para que los hicieran valer por vía incidental. Su ex mujer, Luisa, por esa vía, demandó el pago de una compensación del 50 % del valor comercial de dos bienes inmuebles. Apoyó su pretensión en que, durante sus cuarenta años de matrimonio, se había dedicado preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado de sus tres hijas.

En primera instancia se resolvió que la compensación no era procedente, porque no se cumplían los supuestos de procedencia de compensación exigidos por el art. 267 del Código Civil de la Ciudad de México (CCCM): Luisa no había acreditado que durante el matrimonio se hubiera dedicado a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos; se había demostrado que trabajaba —primero como educadora y luego como administradora de la empresa que había fundado con su ex cónyuge—, y percibía un ingreso propio; se había demostrado que había adquirido bienes propios —el matrimonio había adquirido en copropiedad diversos bienes, repartidos de forma equitativa—, y, finalmente, no había demostrado que los bienes adquiridos fueran notoriamente menores a los de su contraparte.

Luisa apeló la sentencia y la Sala de apelación la confirmó, por entender que no correspondía fundar el reclamo en razones de género ni exigir por ello una ventaja sobre su ex cónyuge. Admitirlo habría supuesto un menoscabo en la equidad procesal.

Luisa interpuso una demanda de amparo contra la última sentencia. Argumentó que la fracción VI del art. 267 CCCM, vigente hasta antes de las reformas de junio de 2011, resultaba, por un lado, desproporcionada, porque imponía requisitos y formalidades que no atendían al fin y objetivo de la figura de compensación, y por otro, discriminatoria, porque la redacción del precepto vigente no exige acreditar “de manera exclusiva” la dedicación al hogar y cuidado de los hijos, sino únicamente mostrar que esa actividad se desarrolló “preponderantemente”. Manifestó también que, durante los primeros veinticinco años de matrimonio, se había dedicado completamente al cuidado del hogar y de sus tres hijas, y que en los restantes quince, a pesar de incorporarse al mercado laboral, había continuado desempeñando de manera preponderante las labores domésticas, por lo que había adquirido menos bienes que su ex cónyuge.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito denegó el amparo por considerar que la normativa no era discriminatoria ni desproporcionada respecto del fin reparador que persigue la compensación. En este caso, la actora pretendió que se reparara su situación patrimonial al acreditar que, durante el matrimonio, se había desempeñado en el hogar y que no había adquirido bienes propios o que habían sido notoriamente menores. La norma no contenía ningún elemento arbitrario e injustificado, dado que la compensación es una institución reparadora de la situación patrimonial de las personas que, durante el matrimonio, están limitadas para crecer en el aspecto económico. El fallo tampoco había vulnerado el principio de tutela judicial efectiva, dado que la demandante ejerció ese derecho. Finalmente, indicó que la actora pretendía disociar los años que efectivamente se había ocupado del trabajo del hogar de aquellos en que se había dedicado al mercado laboral, lo cual es incorrecto, porque el legislador diseñó la institución de la compensación para todo el tiempo que perdura el matrimonio, y no solo para la época de crecimiento patrimonial del otro cónyuge.

Luisa interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte contra la sentencia que le había denegado el amparo. Alegó que el órgano colegiado había omitido pronunciarse sobre el planteo de inconstitucionalidad aducido por ella.

Sentencia: la Suprema Corte de México revocó la sentencia recurrida.

1. El recurso de revisión planteado ante la Suprema Corte resultó procedente.

El Tribunal Colegiado había interpretado que la fracción VI del art. 267 del CCCM no vulneraba los principios de igualdad y equidad que rigen la institución de compensación.

Ello constituye un planteo de constitucionalidad, lo que resulta de importancia y trascendencia porque permite establecer criterios relevantes respecto de la forma en que opera el principio de equidad inherente a la institución de compensación en relación con los cónyuges que, además de los cuidados del hogar y los hijos, realizaron una actividad remunerada (doble jornada).

Por tanto, la cuestión de constitucionalidad que debió resolver la Suprema Corte es si la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado de la fracción VI del

art. 267 CCCM, vigente hasta junio de 2011, era acorde con el principio de equidad que rige la institución de compensación.

2. Resulta inconstitucional la interpretación que realizó el órgano colegiado. La institución de compensación tiene como eje rector mitigar la inequidad que soportó alguno de los cónyuges como consecuencia de la dedicación al trabajo del hogar, y en su caso, al cuidado de los hijos. Por lo tanto, la doble jornada —asumir las cargas familiares y adicionalmente un empleo remunerado— no puede obstaculizar el acceso al mecanismo compensatorio.

3. La institución de compensación es un mecanismo paliativo de la inequidad que puede producirse cuando alguno de los cónyuges, en aras del funcionamiento del matrimonio, asume determinadas cargas domésticas y familiares en mayor medida, sin recibir remuneración económica a cambio. En consecuencia, tiene como finalidad colocar en igualdad de derechos al cónyuge que, dado que asumió las cargas domésticas y familiares, no logró desarrollarse en el mercado de trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro.

Las características que rigen a la compensación son: a) su carácter reparador, no sancionador; b) que pueda ser solicitada y acordada a favor de cualquiera de los cónyuges que hubiesen reportado un desequilibrio económico por haberse dedicado a las labores domésticas y de cuidado; c) que solo opera respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio, período durante el cual presumiblemente se crearon situaciones de empobrecimiento y enriquecimiento que resultarían injustas al momento de disolver un régimen económico de separación de bienes, y d) que, en principio, la carga de la prueba pesa sobre el solicitante, y ante la duda de cómo se distribuyeron las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, el juez debe disponer medidas para complementar la actividad probatoria y esclarecer la verdad de algún hecho controvertido.

Oportunamente, al evaluar la fracción VI del art. 267 vigente hasta junio de 2011, la Sala estableció que el supuesto indispensable para la procedencia de la compensación es que el cónyuge solicitante se haya dedicado a las labores domésticas y de cuidado en detrimento de sus posibilidades de “desarrollarse con igual tiempo, intensidad y diligencia” en una actividad en el mercado laboral convencional y que por ello no haya adquirido bienes, o hayan sido de un valor notoriamente menor que los del cónyuge que pudo desempeñarse en una actividad remunerada. Destacó que el supuesto “desempeñarse en el trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos” también debía entenderse como aplicable respecto de los matrimonios en los que ambos cónyuges trabajan, en la medida en que alguno de ellos tuviera un detrimento en su patrimonio por asumir las labores domésticas o gestionarlas. La dedicación al hogar y al cuidado de los dependientes puede traducirse en múltiples actividades, no excluyentes entre sí, que deben valorarse en lo individual. Así, la Sala determinó que para evaluar el acceso a la compensación no es decisivo que el cónyuge solicitante se dedique exclusivamente a las labores domésticas, pues existen múltiples de actividades que son el parámetro para graduar la ejecución material y el tiempo dedicado a las labores familiares. La llamada “doble jornada” consiste, precisamente, en el reconocimiento de que algunas mujeres, además de tener un empleo o

profesión, también realizan actividades laborales dentro del hogar y de cuidado de los hijos. Normalmente, el trabajo doméstico no es remunerado y representa un costo de oportunidad para las mujeres. Es evidente que la doble jornada que realizan las mujeres no puede constituir un obstáculo para solicitar la compensación de su masa patrimonial, y que el hecho de que hayan tenido un empleo o adquirido bienes propios no subsana el costo de oportunidad que asumieron al dedicar gran parte de su tiempo al cuidado de sus hijos y del hogar.

Si las mujeres dedicaron más tiempo que sus parejas al trabajo doméstico y no recibieron remuneración alguna por ello, no pudieron desarrollarse profesionalmente en igualdad de condiciones que sus ex cónyuges, y por ende no pudieron adquirir la misma cantidad de bienes. Desconocer esta situación y los costos que supone para la mujer, implica invisibilizar el valor del trabajo doméstico.

4. Asimismo, la Sala debió analizar la constitucionalidad de la fracción VI del art. 267 CCCM, vigente entre 2008 y 2011.

De acuerdo a lo explicado en el punto anterior respecto del instituto de la compensación, el artículo resulta constitucional si se interpreta que la expresión “se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos” no implica exigir al cónyuge solicitante que acredite que se dedicó “exclusivamente” a las labores domésticas, pues ello desvirtuaría, por una parte, la naturaleza del mecanismo de compensación y, por otra, el reconocimiento de la doble jornada laboral.

De esta manera, el cónyuge solicitante puede acceder a una compensación si acredita dedicación al trabajo hogareño, y en su caso al cuidado de los hijos, aun cuando haya dedicado alguna parte de su tiempo al trabajo remunerado fuera de casa. El solicitante solo tiene que probar que durante algún tiempo se dedicó a las tareas domésticas y que esa decisión le generó algún costo de oportunidad.

El juez, para determinar si la realización de las tareas del hogar originó la nula o inferior adquisición de un patrimonio propio respecto del otro cónyuge, debe evaluar la modalidad del trabajo del hogar y el periodo de tiempo empleado para estas tareas.

5. El Tribunal Colegiado resolvió el caso sobre la base del art. 267, fracción VI del CCCM vigente hasta junio de 2011, con una interpretación contraria a los fines constitucionales de la institución de compensación. Consideró que debía acreditarse que “el desempeño en el cuidado familiar” se había realizado de forma “exclusiva durante toda la vigencia del matrimonio”, interpretación contraria al principio de igualdad y equidad perseguido por la institución de la compensación.

La Sala señaló la finalidad de la institución de la compensación, que debe aplicarse cuando persista una situación de inequidad entre los cónyuges que tenga que mitigarse a través del mecanismo compensatorio, ya sea porque el cónyuge solicitante se dedicó de forma exclusiva al hogar, o bien porque realizó doble jornada. Bajo esta interpretación, el Tribunal colegiado debió evaluar si la solicitante se dedicó en mayor proporción que su ex cónyuge al cuidado de los hijos y del hogar —tanto durante los primeros veinticinco años como en los posteriores quince—, no obstante,

hubiera dedicado alguna parte de su tiempo a sus actividades profesionales, y si ello le generó algún costo de oportunidad, (es decir, si no adquirió bienes propios o los que adquirió son notoriamente inferiores a los de su ex pareja).

6. Con base en todo lo anterior, se revocó la sentencia del Tribunal Colegiado. Debe pronunciarse nuevamente conforme a la doctrina de la Sala sobre la institución de la compensación y el reconocimiento de la doble jornada laboral, y determinar: a) si la solicitante se dedicó preponderantemente al hogar, no obstante hubiera realizado otras labores profesionales; b) si el haberse dedicado en mayor proporción que su ex cónyuge a las actividades domésticas le generó algún costo de oportunidad, y c) debe establecer el porcentaje de compensación que, en su caso, le corresponda.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, MÉXICO, Primera Sala, amparo directo en revisión 4883/2017 interpuesto por Luisa c. la resolución del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sentencia del 28-2-2018, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=221697>.



Derecho de familia. Divorcio. Compensación en favor del cónyuge que durante el matrimonio se dedicó preponderantemente al desempeño del trabajo doméstico. Doble jornada laboral. Derecho a una vida libre de violencia. Violencia intrafamiliar. Indemnización por daño moral. Perspectiva de género. (México).

Antecedentes del caso: una mujer demandó, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, la disolución de su vínculo matrimonial, la compensación del 50 % de los bienes y el pago de una justa indemnización, en razón de la violencia intrafamiliar sufrida por ella y su hijo.

El Juzgado de Partido Civil Especializado en Materia Familiar con residencia en San Miguel de Allende, Guanajuato, decretó la disolución del vínculo matrimonial, determinó procedente la compensación del 50 % de los bienes a favor de la actora y condenó al demandado al pago de una indemnización por daño moral, por considerar que a causa de la violencia intrafamiliar se vulneraron los derechos fundamentales de salud y dignidad de la actora y de su hijo.

Ambas partes apelaron la decisión de primera instancia. La mujer apeló con fundamento en que la jueza no tuvo por acreditada la causal de adulterio, por el monto de la pensión alimentaria, por la improcedencia de alimentos caídos y por la omisión de incluir varios bienes a la compensación. El ex marido, porque consideró que la compensación era improcedente, ya que la mujer, además de las tareas hogareñas, ejercía su profesión. También sostuvo que no se habían acreditado los actos de violencia ni el daño moral contra la mujer y su hijo.

La Sala Séptima Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato confirmó la disolución del vínculo matrimonial; determinó que era procedente la condena por alimentos caídos y que debían cuantificarse en la ejecución de la sentencia; modificó el monto de pensión por alimentos; confirmó la pérdida de la patria potestad, y confirmó la procedencia de la compensación del 50 % de los bienes a favor de la actora —ya que si bien la mujer no se había dedicado de forma exclusiva al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, lo hizo de modo preponderante—. No obstante, modificó los bienes que debían incluirse en la compensación. Respecto de los actos de violencia intrafamiliar, sostuvo que sí había pruebas de la violencia psicológica, emocional y económica ejercida contra la mujer y su hijo, y que correspondía indemnizarlos por daño moral con fundamento en la vulneración de sus derechos humanos, por ser víctimas de violencia familiar.

Las partes promovieron sendos juicios de amparo. La mujer cuestionó la exclusión de ciertos bienes en la compensación. Por su parte, el hombre indicó que la compensación no era procedente porque su ex cónyuge no había acreditado que se hubiera dedicado exclusivamente al hogar y al cuidado de los hijos y, asimismo, señaló que no era procedente la condena por daño moral, por no haberse acreditado la violencia familiar.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Decimosexto Circuito dictó sentencia en ambos juicios de amparo. Respecto de la demanda promovida por la mujer, concedió el amparo a fin de que se evaluara si cierto inmueble debía incluirse o no en la compensación y confirmó la inclusión de los demás bienes. Respecto de la demanda promovida por el hombre, concedió el amparo, ordenó evaluar nuevamente la procedencia del porcentaje de la compensación (50 %), y determinó que, a pesar de acreditarse los actos de violencia familiar, no era viable condenarlo al pago de una indemnización por daño moral, en tanto no era aplicable el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana). Respecto de la compensación, señaló que el objetivo fue reconocer el trabajo del cónyuge en el hogar, tradicionalmente ejercido por la mujer, que tiene como consecuencia la imposibilidad de generar un ingreso propio. De ahí que el Código Civil del Estado de Guanajuato (CCG) implementara el derecho a recibir una compensación de hasta el 50 % de los bienes adquiridos durante el matrimonio, siempre que se acredite que el matrimonio fue celebrado bajo el régimen de separación de bienes y que el solicitante se hubiera dedicado preponderantemente al hogar. En el caso, se acreditó que, si bien la mujer ayudaba a su esposo en el ejercicio de la abogacía, su actividad preponderante era el cuidado del hogar, así como de su hijo y de los dos hijos del demandado, por lo que no quedaba duda de que la compensación era procedente en términos del art. 342-A CCG. Sin embargo, consideró que no existía sustento para fijar el porcentaje en 50 %, pues la actora sí había adquirido bienes propios. Respecto de la violencia intrafamiliar, consideró que había elementos de prueba e indicios suficientes para acreditarla. No obstante, entendió que no existía una base jurídica para emitir una condena económica por ese rubro. Precisó que en primera instancia se había declarado procedente la condena por daño moral sobre la base de que los derechos humanos de la mujer y el hijo habían sido vulnerados, y de que, en términos del art. 63.1 de la Convención Americana,

resulta procedente el pago de una indemnización a la parte lesionada. Pero el tribunal pasó por alto que la norma en cuestión no está dirigida a particulares, sino al Estado miembro donde se cometió la vulneración de derechos.

Disconformes con la sentencia, la mujer y su hijo, ya mayor de edad, interpusieron un recurso de revisión ante la Suprema Corte. Los argumentos expuestos se centraron en la compensación a la luz del derecho a la igualdad y la indemnización económica por daño moral, en razón de la violencia intrafamiliar sufrida.

Sentencia: la Suprema Corte de Justicia de México revocó la sentencia recurrida. Ordenó devolver los autos al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Decimosexto Circuito, a fin de que el juez de Partido Civil Especializado en Materia Familiar con residencia en San Miguel de Allende, Guanajuato, recabe mayores elementos probatorios para poder determinar el grado de afectación de los derechos de los actores, y, una vez determinada la entidad de los daños, que establezca el monto de la indemnización que les corresponde atendiendo a los parámetros que ha establecido para lograr una justa indemnización.

1. El recurso de revisión fue interpuesto en forma oportuna por los interesados ante la Suprema Corte, órgano competente para conocer de ese medio de impugnación, y que, a la luz de los conceptos de violación, consideraciones del Tribunal Colegiado y agravios, resultó procedente.

La Suprema Corte analizó cuestiones de índole constitucional: a) si el art. 342-A CCG es acorde al principio de equidad, por establecer la naturaleza y elementos de la institución de compensación y de la doble jornada laboral, y b) realizó una interpretación directa del art. 63.1 de la Convención Americana, para pronunciarse sobre la reparación del daño en los casos de violencia intrafamiliar. Tales cuestiones resultan de importancia y trascendencia porque permiten establecer criterios relevantes respecto de la doble jornada en la institución de compensación y la reparación del daño en los casos de violencia intrafamiliar.

La Primera Sala de la Suprema Corte consideró que la interpretación del Tribunal Colegiado acerca del art. 342-A CCG era acorde a los principios constitucionales que persigue la institución de la compensación, en tanto se evaluó el costo de oportunidad que asumió la mujer para hacerse de un patrimonio por ejercer una doble jornada laboral. No se interpretó como un obstáculo el hecho de que ella hubiera ejercido su profesión, por el contrario, se lo ponderó con el propósito de determinar el porcentaje de la compensación.

Respecto de la reparación por los daños derivados de la violencia intrafamiliar, se concluyó que el Tribunal Colegiado había realizado una interpretación contraria a la doctrina de la Primera Sala en torno al derecho a una justa indemnización y al derecho a vivir una vida libre de violencia. A juicio de la Sala, las afectaciones patrimoniales y morales de las víctimas de violencia sí deben ser reparadas económicamente de forma justa y proporcional a los daños sufridos.

2. La violencia contra la mujer es una forma de discriminación y constituye una violación a los derechos humanos que puede manifestarse en el seno familiar. Sus consecuencias comprometen las libertades fundamentales de las víctimas, como los

derechos a la vida y la seguridad personal, a la educación, al trabajo y a la vivienda. Las raíces de la violencia contra la mujer se encuentran en la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre el hombre y la mujer y la discriminación generalizada contra la mujer en los sectores tanto público como privado.

Es así que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue adoptada por la Asamblea General de la ONU como el primer instrumento internacional pensado para atender directamente las necesidades de las mujeres e introducir una perspectiva de género con el objeto de evitar tratos y prácticas discriminatorias.

La Suprema Corte de México ha dispuesto que, en aquellas controversias donde se plantee una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida decidir de manera completa e igualitaria, los órganos judiciales deben verificar, según una perspectiva de género, si existen posibles desventajas para las mujeres.

En el caso, procede realizar un análisis con base en una perspectiva de género por haberse acreditado que la recurrente y su hijo sufrieron violencia familiar causada directamente por parte del ex cónyuge, lo que da cuenta de posibles desventajas por condición de género.

En ese contexto, la Primera Sala analizó si fue correcta la interpretación del Tribunal Colegiado en relación con dos aspectos: la institución de la compensación y la doble jornada y la reparación del daño por violencia intrafamiliar.

3. Institución de compensación y doble jornada:

La mujer indicó que la sentencia de amparo vulneró la naturaleza de la institución de la compensación y los derechos de igualdad y no discriminación, porque el Tribunal Colegiado le negó el acceso al porcentaje máximo de la compensación con fundamento en que no solo se había dedicado al cuidado del hogar y los hijos, sino que también había ejercido su profesión (es decir, tenía una doble jornada laboral) y había adquirido bienes propios.

La institución de la compensación pretende resarcir el perjuicio económico sufrido por el cónyuge que asumió ciertas cargas domésticas y familiares sin recibir remuneración económica a cambio. Se trata de compensar el costo de oportunidad asociado a la imposibilidad de desarrollarse en el mercado de trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge. La compensación se caracteriza por: su carácter reparador, no sancionador; poder ser solicitada y acordada a favor de cualquiera de los cónyuges que reporten un desequilibrio económico por haberse dedicado preponderantemente al hogar; la carga de la prueba le corresponde a la parte solicitante; el mecanismo de compensación solo opera respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio, dado que durante ese período se crearon presumiblemente las situaciones de empobrecimiento y enriquecimiento que resultarían injustas al momento de resolver la separación de bienes, y porque no implica equilibrar el patrimonio de los cónyuges, sino resarcir los costos de oportunidad. Además, se estableció que el trabajo en el hogar puede consistir en: la ejecución material de las tareas dentro del hogar; la ejecución material de tareas fuera del hogar, pero vinculadas a la organización de la casa y la obtención

de bienes y servicios para la familia, y en la realización de funciones de dirección y gestión de la economía del hogar, como también el cuidado, la crianza y la educación de los hijos. También se indicó que para determinar el monto de la compensación debía observarse el tiempo que ocupó el solicitante en esas tareas. En resumen, para que la compensación sea procedente es necesario determinar si el cónyuge que absorbió en mayor medida las cargas domésticas y familiares incurrió en un costo de oportunidad que generó un efecto desequilibrador en su patrimonio. Para determinar el porcentaje de compensación deben evaluarse el tipo de tareas que el cónyuge demandante desempeñó en el hogar (ejecución material o de dirección) y el tiempo que efectivamente dedicó a esta labor.

En ese contexto, el cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar pero que, además, salió al mundo laboral y realizó un trabajo remunerado —y, por lo tanto, cumplió una doble jornada—no debe entenderse excluido *per se* de la posibilidad de acceder al derecho de compensación. Por el contrario, el tiempo y el grado de dedicación al trabajo del hogar, y en su caso, al cuidado de los hijos, deben ser ponderados para determinar el monto o porcentaje de la eventual compensación.

En el caso, el Tribunal Colegiado evaluó la institución de la compensación del art. 342-A CCG, y determinó que aun cuando la cónyuge hubiera ejercido la profesión, su actividad preponderante era el cuidado del hogar y los hijos. Por lo tanto, consideró procedente que la mujer accediera a la compensación. No obstante, al evaluar el porcentaje de compensación, consideró que no podía fijarse en el 50 % de los bienes porque ella tuvo la oportunidad de ejercer su profesión, aunque en menor medida que su pareja, y eventualmente adquirió bienes propios.

La Primera Sala consideró que la interpretación de la institución de la compensación y los elementos que se tomaron al evaluar su porcentaje son correctos y acordes con la doctrina de la Suprema Corte, ya que el Tribunal Colegiado estimó que el objeto de la institución de compensación es reparar el costo de oportunidad que asumió el cónyuge que se dedicó en algún grado al cuidado del hogar, sobre la base de la doble jornada como elemento para determinar la duración y grado de dedicación al trabajo del hogar. Según esos elementos probatorios determinó el costo de oportunidad que afrontó la mujer y el monto de la compensación. En estas condiciones, los agravios en relación con la institución de compensación resultan infundados.

4. Reparación del daño por violencia intrafamiliar:

La mujer señaló que el Tribunal Colegiado interpretó incorrectamente el derecho a recibir una justa indemnización por los daños que sufrió derivados de la violencia doméstica de la que fueron víctimas tanto ella como su hijo.

La Primera Sala consideró fundado el agravio, pues si bien el Tribunal Colegiado está en lo cierto al señalar que el art. 63.1 de la Convención Americana es aplicado por la Corte Interamericana a fin de condenar a los Estados parte de la Convención y no a los particulares, en el ámbito nacional, la Primera Sala ha derivado del concepto de “justa indemnización” un derecho humano que rige en las relaciones entre particulares. Así, las indemnizaciones derivadas de los juicios de responsabilidad civil deben ser acordes a la doctrina de la Suprema Corte. Según ese

criterio, se consideró que la violencia intrafamiliar constituía un hecho ilícito que podía ser demandado por la vía civil cuando la demandante pretende recibir una indemnización monetaria por parte del agresor.

4.1. La doctrina sobre reparaciones de la Corte Interamericana tiene sustento en el art. 63.1 de la Convención Americana, que establece que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, y adicionalmente, “si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. El precepto tiene aplicación cuando la Corte determina que un Estado parte ha violado algún derecho protegido por la Convención. Al respecto, la Primera Sala ha detallado la evolución de la doctrina interamericana sobre la “reparación integral” a las vulneraciones a derechos humanos, construida a lo largo de los años (amparo en revisión 706/2015).

Las medidas de reparación propuestas en la jurisprudencia interamericana pueden agruparse adecuadamente en tres rubros: a) la restitución del derecho violado; b) la compensación económica por los daños materiales e inmateriales causados, y c) otras medidas no pecuniarias, que algunos autores identifican más ampliamente como “medidas de reconstrucción”, y, dentro de las cuales se integran las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición.

Sin embargo, en el derecho internacional las medidas de reparación no se han entendido como un derecho humano, sino como una consecuencia jurídica de la responsabilidad estatal.

4.2. El concepto de “justa indemnización” previsto el art. 63.1 de la Convención Americana no tiene el carácter de derecho humano cuando se aplica en sede internacional, pues se lo ha concebido como una consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de la Convención.

En México, se ha dotado a ese concepto de un contenido y alcance propios. Así, en el marco de los procedimientos que dan lugar a reparaciones económicas, se ha entendido la “justa indemnización” como un derecho fundamental que rige en las relaciones entre particulares.

La Primera Sala ha admitido en diversas ocasiones que los derechos fundamentales tienen vigencia en relaciones entre particulares. En tal sentido, ha afirmado que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad: por un lado, se configuran como derechos públicos subjetivos, y por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluso en conflictos que se originan entre particulares. En el precedente ADR-1621/2010 sostuvo que la doble función que desempeñan los derechos fundamentales en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos constituye la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, también destacó que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones normalmente incluyen a otro titular

de derechos, lo que provoca una colisión de intereses que debe ser ponderada por el intérprete. La tarea fundamental del intérprete consiste en analizar las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se oponen a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son solo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.

A partir de la comprensión de la justa indemnización como un derecho fundamental que rige en las relaciones entre particulares, la Primera Sala ha determinado la inconstitucionalidad de las normas que establezcan fórmulas fijas para determinar el monto de la indemnización y que no atiendan a los criterios de justicia y razonabilidad. En diversos precedentes ha realizado un análisis de legalidad del monto de las reparaciones, y ha establecido diversos parámetros para determinar que una reparación es justa (AD-50/2015, AD-30/2013, AD-31/2013 y ADR-4646/2014).

4.3. La Primera Sala ha incorporado el concepto de justa indemnización previsto en el art. 63.1 de la Convención Americana como un derecho fundamental que rige las relaciones entre particulares y cuya aplicación se ha presentado, principalmente, en los juicios de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial del Estado. Así, se estableció que la demanda de una justa indemnización deberá tramitarse conforme a las reglas y procedimientos de los juicios en los que se invoque, ya sean de carácter civil o administrativo.

Las vías de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial del Estado, tienen como fin primordial lograr la reparación económica de las afectaciones patrimoniales o extrapatrimoniales derivadas de un hecho ilícito o de la actividad irregular del Estado y, en ese sentido, para exigir una justa indemnización deben acreditarse los extremos de la responsabilidad. El objetivo de estos juicios es eminentemente patrimonial, pues se intenta mitigar —mediante una suma en dinero— las consecuencias del hecho ilícito y reprochar al culpable. Con la compensación se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social, porque la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas.

4.4. En ocasiones, los hechos ilícitos o la actividad irregular del Estado pueden implicar la violación a derechos humanos. La reparación económica derivada de ello puede demandarse a través de procedimientos especiales o bien mediante demandas civiles de reparación, en los cuales deberán acreditarse los extremos de la responsabilidad: hecho ilícito, daño, y nexo causal entre hecho y daño. A falta de procedimientos específicos, puede demandarse la reparación económica por la vía civil, cuando el responsable sea un particular, o por la vía administrativa, cuando el responsable sea el Estado. Debe tenerse en cuenta que debe acreditarse el daño patrimonial o moral causado, y que el único propósito perseguido es la compensación económica de las afectaciones sufridas y no la generación de medidas no pecuniarias de reparación (de satisfacción y no repetición). En efecto, la reparación lograda por medio de estos juicios no tiene el alcance que persigue el art. 63 de la Convención

Americana en el ámbito internacional, pues no se pretende responsabilizar a un Estado por la vulneración de derechos humanos protegidos por la Convención, sino resarcir económicamente a la persona afectada por un hecho ilícito. Así, el concepto de justa indemnización en el derecho de daños tiene una dimensión y propósitos distintos.

En el precedente AR-706/2016 se notaron importantes diferencias entre los juicios de responsabilidad ante el sistema interamericano y los juicios de amparo en sede nacional. Algunas de esas distinciones también resultan pertinentes en juicios de responsabilidad civil o patrimonial del Estado. Lo que la Corte Interamericana determina es la responsabilidad del Estado en su conjunto; no se centra en la actuación de una autoridad en especial, sino en la de todas las autoridades implicadas en los hechos del caso, de modo que pueden analizarse vulneraciones de derechos humanos que surgen de fenómenos mucho más complejos, aunque con el inconveniente de que no se deslinda claramente el ámbito de responsabilidad de cada una de las autoridades involucradas en función de las competencias de estas. En cambio, en los casos de responsabilidad civil o patrimonial del Estado, se intenta atribuir responsabilidad a una persona o entidad estatal en especial; la responsabilidad que se atribuye es específica, en lugar de ser general, histórica o sistemática.

Otro aspecto que diferencia ambos juicios es el tipo de reparaciones a que dan lugar uno y otro. En efecto, el derecho de daños solo da lugar a medidas de reparación pecuniarias, mientras que los juicios de responsabilidad internacional pueden dar lugar también a medidas no pecuniarias.

Si bien la reparación de las violaciones a derechos humanos en el ámbito interno de un país puede lograrse a través de medidas no pecuniarias, este alcance se logra a través los distintos procedimientos que los Estados implementen con ese fin. En ese sentido, sí puede demandarse la reparación de la violación a los derechos humanos por la vía civil, y la indemnización que se establezca debe atender a los criterios de la Suprema Corte en materia de derecho a una justa indemnización. Así, la recurrente tiene razón al señalar que la justa indemnización es un derecho fundamental que rige las relaciones entre particulares.

4.5. El caso plantea si la violencia intrafamiliar puede demandarse como un caso de responsabilidad civil extracontractual regido por el derecho a una justa indemnización. La Primera Sala consideró que la violencia intrafamiliar constituye un hecho ilícito cuyas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación.

En ese sentido, cuando se demande la reparación del daño patrimonial o moral sufrido por una víctima de violencia intrafamiliar, deberán de mostrarse los elementos que integran la responsabilidad civil: la existencia de un hecho ilícito, el daño y el nexo causal entre ese hecho y el daño. Solo cuando se han probado esos elementos puede prosperar una indemnización económica.

4.6. En el caso se analizó si se habían acreditado los extremos de la responsabilidad civil.

Se acreditó el hecho ilícito, esto es, la violencia psicológica y emocional que padecieron la mujer y su hijo. En cada instancia se concluyó que existían suficientes

elementos de prueba e indicios para acreditar la violencia intrafamiliar y no fue controvertido en el presente recurso de revisión. Durante el proceso se presentaron los peritajes psicológicos practicados a cada miembro de la familia; los testimonios de la madre y la hermana de la mujer; la carpeta de investigación con motivo de una denuncia de violencia intrafamiliar iniciada por la mujer y el hijo, y la manifestación del hijo que en ese momento era menor de edad. El peritaje en psicológico concluyó que el hijo presentaba una conducta agresiva como consecuencia del maltrato recibido; que la mujer sufría una depresión leve vinculada con la violencia intrafamiliar, y que el hombre evidenciaba una conducta agresiva crónica, inseguridad, baja autoestima y baja tolerancia a la frustración. El Tribunal Colegiado corroboró la conclusión de la evaluación con los testimonios de la madre y la hermana de la mujer, que declararon haber presenciado momentos en los que el hombre era agresivo con ella. También valoró que la investigación a partir de la denuncia penal realizada por la mujer y el hijo contra el hombre constituía otro indicio que demostraba la situación de violencia familiar. Atendió, además, los dichos del hijo, entonces menor, que refirió sentir temor en la convivencia dada la agresividad de su padre, que incluso había atentado contra su vida. Por todo ello concluyó que el hombre había actuado de modo violento contra su ex mujer y su hijo, conclusión que no fue debatida por el quejoso. En ese contexto, la Primera Sala consideró que se actualiza una conducta dañosa en la esfera emocional o psíquica de Luisa y de Carlos, actos que constituyen un hecho ilícito, pues su realización transgrede normas de orden público, establecidas incluso a nivel constitucional e internacional.

Por otra parte, se puntualizó que las afectaciones habían sido causadas por la violencia psicológica y emocional generada por el hombre. Sin embargo, no se estableció el grado del daño sufrido por los afectados —leve, medio o severo—, a partir de la cual establecer el monto de indemnización que les corresponde. En ese sentido, es preciso recabar mayores elementos probatorios.

4.7. Resulta admisible el argumento de la recurrente relativo a que su demanda de violencia intrafamiliar debía analizarse como un hecho ilícito susceptible de ser reparado mediante una justa indemnización en un juicio de responsabilidad civil. En ese sentido, el Tribunal Colegiado debió haber advertido que, aunque el art. 63.1 de la Convención Americana se aplica únicamente para responsabilizar a los Estados parte de la Convención en sede internacional, en el ámbito nacional tiene un alcance y propósitos distintos, y debió haber atendido a la amplia doctrina que la Primera Sala ha desarrollado en torno al concepto de justa indemnización.

El tribunal de mérito debió analizar si en el caso se demostraron los elementos de la responsabilidad civil. La Primera Sala concluyó que los actores sí lograron acreditar la existencia de violencia intrafamiliar, de un daño y la relación causal entre el daño y el hecho ilícito. No obstante, no hay elementos para determinar el grado de afectación producido a partir del hecho ilícito y con base en ello establecer el monto de la indemnización.

Por ello, se revocó la sentencia del Tribunal Colegiado para que ordene a la Sala responsable reponer el procedimiento ante el juez de origen. Así, el juez de Partido Civil Especializado en Materia Familiar con residencia en San Miguel de

Allende, Guanajuato, debe recabar mayores elementos probatorios para determinar el grado de afectación derivado de la violencia intrafamiliar sufrida por la mujer y su hijo. Una vez determinada la entidad de los daños, deberá establecerse el monto de la indemnización que les corresponde según los parámetros establecidos para lograr una justa indemnización.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, MÉXICO, Primera Sala, amparo directo en revisión ADR-5490/2016 interpuesto por Luisa y otros c. la sentencia del 12/8/2016 dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Decimosexto Circuito, sentencia del 7-3-2018, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=204632>.



Derecho de familia. Divorcio. Vivienda familiar. Interés superior del menor. (España).

Antecedentes del caso: en el marco de un proceso de divorcio contencioso de un matrimonio, con hijos menores, se dispusieron medidas relativas a la conservación de la vivienda familiar y sobre la manutención.

Tiempo después la mujer comenzó a convivir en la vivienda junto con una nueva pareja. El padre de los niños interpuso una demanda contra la madre, y solicitó la modificación de las medidas oportunamente aprobadas en el divorcio. Pidió que se declarara la extinción del derecho de uso de la vivienda a fin de que las partes pudieran venderla o adjudicarla en favor de alguno de ellos, con la consiguiente contraprestación monetaria. En caso de que no se estimara la pretensión, solicitó que se redujera el importe correspondiente a la pensión de alimentos a €125 por cada hijo.

La mujer solicitó la desestimación de la demanda. Subsidiariamente pidió que, en caso de que el hombre obtuviera un incremento sustancial en sus ingresos y/o llegara a limitarse el derecho de uso de la vivienda familiar que le había sido otorgado a ella y sus hijos, procediera un incremento de la pensión de alimentos de los menores a fin de solventar los gastos destinados al alquiler de una vivienda, obligación inherente que también incumbe al progenitor no custodio.

El Juzgado de Primera Instancia 3 de Valladolid dispuso estimar parcialmente la demanda de modificación de medidas, mantener la atribución del uso del domicilio familiar en la forma estipulada en la sentencia de divorcio, y reducir a €200 el importe de la pensión alimenticia que el padre debe abonar por sus hijos. El hombre apeló dicha sentencia.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó en parte el recurso de apelación y revocó la sentencia apelada. Declaró que el derecho de uso de la vivienda de la esposa e hijos quedaría extinguido en el momento en que se

procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales. Además, dejó sin efecto la reducción de la pensión alimenticia de los hijos.

El Ministerio Fiscal consideró que en esta clase de procedimientos debe primar el interés del menor, no el patrimonial de los progenitores. Por ello interpuso un recurso de casación contra la última sentencia, en que alegó la infracción del art. 96.1. CC por vulneración del principio prioritario del interés del menor.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo admitió el recurso. Ambas partes presentaron sendos escritos de impugnación.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España desestimó el recurso.

1. La controversia se centraba en determinar los efectos de que la progenitora conviviera con una nueva pareja en la vivienda otrora familiar, cuyo derecho de uso se le había otorgado tras el divorcio.

La sentencia recurrida declaró extinguido el derecho de uso en el momento en que se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales. Determinó que la vivienda familiar es aquella en que la familia ha convivido y que puede seguir considerándose como tal aun si el grupo familiar se hubiera disuelto. Pero el ingreso de una tercera persona en el hogar hizo que perdiera su antigua naturaleza, porque se trata de una familia diferente. Por tanto, desaparecida esa familia —unida o disgregada— la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar.

2. En estas circunstancias, la introducción de un tercero cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja, lo que se cuestiona es que esta libertad redunde en perjuicio de otros, en este caso, del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja tras la ruptura del matrimonio tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos.

3. La sentencia 221/2011 expuso que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

El interés prevalente del menor excede las circunstancias personales de sus padres. Comprende también otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño y mantener un estatus similar al que disfrutaba hasta entonces. A tal fin, es preferible que los menores permanezcan en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, y también una respuesta adecuada de los padres a los problemas económicos que resulten de la separación o del divorcio. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la disposición normal del patrimonio común.

4. Ante la ausencia de acuerdo entre los padres, existen dos factores que eliminan el rigor de la norma: el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se

establece la medida, y que el hijo no precise de la vivienda por estar satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.

5. La remisión al interés del menor para valorar la nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos en la Ley Orgánica 8/2015 de Protección Jurídica del Menor, que desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, que no se restrinjan o limiten más derechos que los que amparan, y que las decisiones y medidas adoptadas valoren, además, los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, aunque debe primar el interés del menor sobre cualquier otro.

6. La solución dada en la sentencia recurrida no vulnera ese interés ni contradice la jurisprudencia de la sala en la interpretación del art. 96 del CC: el derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve el carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso es aquella en la que la familia haya convivido como tal (sentencia 726/2013). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, pues ha dejado de servir a los fines del matrimonio y se trata de una familia diferente. La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso de la propiedad a los hijos y al progenitor custodio tiene el objetivo de salvaguardar los derechos de los menores. Pero, más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente, y la misma decisión adoptada en su momento por los progenitores para poner fin al matrimonio debe reiterarse en beneficio e interés de los hijos respecto de la vivienda, una vez extinguida la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o si se vende y se adquiere otra vivienda.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala de lo Civil, recurso de casación 982/2018 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada el 15-1-2018 por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, en los autos de juicio 270/2016 del Juzgado de Primera Instancia 3 de Valladolid, sobre modificación de medidas, sentencia 641/2018 del 20-11-2018, en <https://www.rtvcyt.es/media/B88F844B-BC2B-2DBC-D89B7121A3036BF7.PDF>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la intimidad. Derecho a la integridad de la persona. Protección de datos personales. Dietas de los miembros del Parlamento Europeo. Acceso a los documentos: denegación. Documentos inexistentes. Datos personales. Necesidad de la transmisión de los datos. Examen concreto e individualizado. Acceso parcial. Carga administrativa excesiva. Obligación de motivación. (Tribunal General de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2015, varios periodistas y asociaciones periodísticas solicitaron al Parlamento acceder a los documentos relativos a las dietas diarias, a las dietas para gastos de viaje y a las dietas de asistencia parlamentaria de los eurodiputados. El Parlamento denegó todas estas solicitudes, al igual que las solicitudes posteriores.

Los interesados acudieron, entonces, ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) para solicitar la anulación de las decisiones del Parlamento.

Sentencia: el Tribunal General de la Unión Europea confirmó la negativa del Parlamento a conceder el acceso a los documentos relativos a las dietas diarias, a las dietas para gastos de viaje y a las dietas de asistencia parlamentaria de los eurodiputados.

El Parlamento podía lícitamente invocar que los documentos en cuestión contienen datos personales, dado que los solicitantes no habían demostrado la necesidad de darlos a conocer.

Las instituciones de la Unión Europea (UE) pueden denegar el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad y la integridad de la persona, de conformidad con la legislación de la UE sobre protección de datos personales (Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación, y Reglamento CE 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a su libre circulación). Con arreglo a esa legislación, los datos personales se entienden como toda información sobre una persona física identificada o identificable. Pues bien, los documentos solicitados incluyen información relativa a personas físicas identificadas (concretamente los eurodiputados). No cabe excluir la calificación de esa información como datos personales por el mero hecho de que esté vinculada a datos públicos relativos a esas personas.

No obstante, cabe conceder el acceso a los documentos que contienen datos personales si el solicitante demuestra la necesidad de la transmisión y si no existe ninguna razón que haga pensar que se puede lesionar los intereses legítimos del interesado. El primero de esos dos requisitos acumulativos (la necesidad de transmisión de los datos solicitados) no se cumple en este caso. En efecto, los solicitantes no han logrado demostrar la necesidad de esa transmisión a efectos de llevar a cabo un control suficiente de los gastos de los legisladores para ejercer su

mandato, en particular a efectos de paliar las alegadas carencias de los mecanismos de control existentes sobre los gastos del Parlamento. Del mismo modo, la voluntad de establecer un debate público no basta para demostrar la necesidad de la transmisión de los datos personales. Por último, los solicitantes no han demostrado que la transmisión fuera adecuada y proporcionada respecto al objetivo perseguido. En cierto modo, no pretenden tanto rebatir la legalidad de la negativa del Parlamento a concederles el acceso a los documentos solicitados, como denunciar las carencias y la ineficacia de los mecanismos de control existentes. Sin embargo, no corresponde al Tribunal General expedirse sobre esta cuestión.

En cuanto a la alegación de que el Parlamento habría podido ocultar los datos personales en los documentos solicitados y conceder, por tanto, un acceso parcial a esos documentos, el Tribunal consideró que la divulgación de una versión de los documentos solicitados de la que se hubieran eliminado todos los datos personales (entre ellos el nombre de los eurodiputados) habría privado de todo efecto útil a la difusión de esos documentos. De este modo, los solicitantes no habrían podido ejercer un seguimiento individualizado de los gastos de los parlamentarios por la imposibilidad de vincular los documentos solicitados a las personas a las que se refieren. En cualquier caso, ocultar todos los datos personales conllevaba una carga administrativa excesiva, dado el volumen de documentos solicitados (más de cuatro millones de documentos en total).

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 T-639/15 a T-666/15, *Maria Psara y otros c. Parlamento*, y T-94/16, *Gavin Sheridan c. Parlamento*, del 25-9-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C24C-CBA031BCF7238BD708071BCABD85?text=&docid=206663&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2485775>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho a una revisión en breve plazo de la legalidad de la detención. Derecho a la libertad de expresión. Prohibición del abuso de derecho. Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos. Derogación en caso de estado de excepción. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Mehmet Hasan Altan es un profesor de economía y periodista turco. Antes del intento de golpe militar del 15 de julio de 2016, presentó un programa de debate político en Can Erzincan TV. Ese canal de televisión fue cerrado tras la sanción del Decreto Legislativo n.º 688 del 27 de julio de ese año, después de la declaración del estado de emergencia.

Simultáneamente, las autoridades turcas informaron al secretario general del Consejo de la Unión Europea que derogaban las obligaciones previstas en la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), de conformidad con su art. 15 (derogación en caso de estado de excepción).

El fiscal de Estambul inició investigaciones penales contra presuntos miembros de la FETÖ/PDY (Organización Terrorista Güllenista, cuyo líder es Fetullah Güllen, ciudadano turco residente en EE. UU.). Además, con base en el art. 3.1.1 del Decreto Legislativo n.º 688, ordenó restringir el derecho de los abogados de los sospechosos a consultar u obtener copias de los expedientes vinculados con las investigaciones. En este contexto, Altan fue detenido bajo sospecha de tener vínculos con el área de prensa de la FETÖ/PDY. El 22 de septiembre compareció ante el 10.º Tribunal de Magistrados de Estambul y fue puesto en prisión preventiva. En varias oportunidades, Altan solicitó, sin éxito, ser excarcelado hasta que se dictara una sentencia, y el 8 de noviembre recurrió ante la Corte Constitucional.

En abril de 2017, el fiscal de Estambul presentó una acusación ante el Tribunal Penal de esa ciudad, en virtud de los arts. 309, 211 y 312 en conjunción con el art. 220.6 del Código Penal, contra varias personas, entre ellas Altan, por haber intentado derrocar mediante el uso de la fuerza y la violencia el orden constitucional, la Gran Asamblea Nacional Turca y el Gobierno, y por haber cometido delitos en nombre de una organización terrorista de la que no eran miembros.

En enero de 2018, la Corte Constitucional sostuvo que había habido una violación del derecho a la libertad, a la seguridad y a la libertad de expresión y de prensa. No obstante, el Tribunal Penal de Estambul rechazó la solicitud de excarcelación de Altan y lo condenó a prisión perpetua por haber intentado derrocar el orden constitucional.

Altan recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) e invocó una violación de los arts. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad), 5.4 (derecho a una revisión en breve plazo de la legalidad de la detención), 10 (derecho a la libertad de expresión), 17 (prohibición del abuso de derecho) y 18 (limitación de la aplicación de las restricciones de derechos) de la Convención.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que había habido una violación de los arts. 5.1 y 10 de la Convención, pero que no había habido una violación del art. 5.4 y que no era necesario examinar separadamente el recurso en términos del art. 18. Dispuso que el Estado demandado debía pagar al recurrente €21 500.

La Corte Constitucional turca sostuvo que las autoridades no habían presentado ninguna prueba que indicara que Altan hubiera actuado de acuerdo con los objetivos de la FETÖ/PDY o con el fin de preparar un golpe militar. Con base en las pruebas aportadas por la acusación, la Corte Constitucional estimó que no existían indicios claros de que Altan hubiera cometido los delitos que se le imputaban.

Con respecto a la aplicación del art. 15 de la Constitución turca (que prevé la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades en caso de guerra, movilización general, estado de sitio o de emergencia), la Corte Constitucional concluyó que el derecho a la libertad y a la seguridad carecería de sentido si se aceptaba la prisión preventiva sin pruebas claras de que los acusados hubieran cometido un delito penal. Además, estimó que la privación de la libertad de Altan había sido desproporcionada en relación con las estrictas exigencias de la situación imperante y que su prisión preventiva había vulnerado el art. 19.3 de la Constitución. En ese sentido, la Corte avaló la decisión de la Corte Constitucional turca, que implicaba que la privación de la libertad de Altan había vulnerado el art. 5.1 de la Convención.

Tras la sentencia de la Corte Constitucional, los tribunales penales de Estambul se negaron a liberar a Altan y sostuvieron que la Corte Constitucional no tenía competencia para evaluar las pruebas del caso y que, en consecuencia, la decisión no era conforme a la ley. Además, consideraron que ordenar la inmediata liberación de Altan a partir de esa sentencia contravenía los principios generales del derecho, la independencia de la justicia, el principio de que ninguna autoridad puede dar instrucciones a los tribunales y el derecho a un proceso.

El argumento de los tribunales penales de que la Corte Constitucional no debería haber evaluado las pruebas resulta inaceptable. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que la Corte Constitucional podría haber examinado el reclamo de Altan en relación con la legalidad de su prisión preventiva sin considerar el contenido de las pruebas aportadas en su contra. En efecto, con anterioridad a la decisión de la Corte Constitucional, el Gobierno turco había instado explícitamente y de modo urgente a la CEDH a rechazar el recurso de Altan por no haber agotado los recursos internos, en razón de que su recurso ante la Corte Constitucional todavía estaba pendiente de resolución. La Corte estimó que el argumento del Gobierno solo puede interpretarse en el sentido de que, en el derecho turco, si la Corte Constitucional ha decidido que la prisión preventiva de un recurrente es contraria a la Constitución, la respuesta de los tribunales con competencia para decidir en casos similares debe necesariamente comportar su liberación, a menos que nuevas razones y pruebas justifiquen la continuación de su detención. Sin embargo, el Tribunal Penal de Estambul rechazó el pedido de excarcelación de Altan luego de la sentencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con una interpretación y aplicación del derecho interno que se aparta de los criterios de la presentación del Gobierno ante la CEDH.

Las razones esgrimidas por el Tribunal Penal de Estambul para rechazar la solicitud de excarcelación del recurrente, después de una sentencia definitiva y vinculante de la Corte Constitucional, no satisfacen los requerimientos del art. 5.1 de la Convención. La circunstancia de que otro tribunal cuestione las facultades de un tribunal constitucional para dictar una sentencia definitiva y vinculante sobre un recurso individual resulta contrario a los principios fundamentales del Estado de derecho y de la seguridad jurídica, inherentes a la protección prevista en el art. 5.1 y que, además, son el fundamento de las garantías contra decisiones arbitrarias.

También es preciso observar que el expediente de la causa no reveló motivos o pruebas ulteriores que demostraran que las razones para dictar la prisión preventiva hubieran cambiado después de la sentencia de la Corte Constitucional. En efecto, el Gobierno no demostró que la prueba supuestamente en manos del tribunal de Estambul que justificaba la fuerte sospecha contra el recurrente difiriera de la examinada por la Corte Constitucional. En consecuencia, el mantenimiento de la prisión preventiva de Altan después de la sentencia clara e inequívoca de la Corte Constitucional no puede considerarse legal y desconoce el derecho a la libertad y a la seguridad.

En relación con la derogación del Gobierno turco, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 15 de la Convención, cualquier Estado parte tiene derecho, en caso de guerra o de emergencia pública que amenace la vida de la nación, a adoptar medidas para derogar las obligaciones previstas en la Convención, salvo las enumeradas en el 2.º párrafo del artículo, en la medida en que sean estrictamente proporcionales a las exigencias de la situación y no entren en conflicto con otras obligaciones del derecho internacional. En efecto, la Corte Constitucional, después de haber examinado desde una perspectiva constitucional los hechos que llevaron a la declaración del estado de emergencia, concluyó que el intento de golpe militar había implicado una amenaza grave a la vida y la existencia de la nación. Ahora bien, en cuanto a si las medidas adoptadas en el presente caso han sido las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación, la Corte estimó, de acuerdo con el art. 15 de la Convención y la derogación de Turquía, que una medida de prisión preventiva que no ha sido adoptada en conformidad con las vías legales no puede considerarse estrictamente requerida por la situación imperante.

El mantenimiento de la prisión preventiva de Altan, incluso después de la sentencia de la Corte Constitucional, decidido por el Tribunal Penal de Estambul, planteó graves dudas en cuanto a la efectividad de la vía del recurso individual ante la Corte Constitucional en los casos relativos a la prisión preventiva. Sin embargo, la Corte no modificó su precedente, según el cual el derecho a interponer un recurso individual ante la Corte Constitucional otorgado a las personas privadas de su libertad en términos del art. 19 de la Constitución es un recurso efectivo para los reclamos sobre privación de la libertad. De todas formas, la Corte se reservó el derecho a examinar la efectividad del sistema de recursos individuales ante la Corte Constitucional en relación con los recursos vinculados con el art. 5 de la Convención, especialmente por tener en cuenta eventuales desarrollos en la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia, en particular de los tribunales penales, en cuanto a la autoridad de las sentencias de la Corte Constitucional. A

este respecto, el Gobierno debe probar, tanto en la teoría como en la práctica, la efectividad de esa vía de recurso.

El procedimiento del recurso individual de Altan ante la Corte Constitucional duró 14 meses y tres días, lapso que en circunstancias normales no puede considerarse breve. Sin embargo, se trataba de un recurso complejo, por ser de los primeros en una serie de casos que planteaban asuntos nuevos y de difícil resolución vinculados con el derecho a la libertad, a la seguridad y a la libertad de expresión en el estado de emergencia que siguió al intento de golpe de Estado. Por otra parte, se trata de una situación excepcional en la que no ha habido violación del art. 5.4 de la Convención. Ello no significa que la Corte Constitucional tuviera carta blanca para tratar reclamos de esa naturaleza planteados en virtud del art. 5.4 de la Convención.

En términos de la sentencia de la Corte Constitucional, la prisión preventiva de Altan implicó una injerencia en su derecho a la libertad de expresión y una medida grave que no puede ser considerada necesaria ni proporcional en una sociedad democrática. Por otra parte, la Corte Constitucional, dado que los jueces no demostraron que la privación de la libertad de Altan respondiera a una necesidad social acuciante, sostuvo que, en la medida en que su detención no se había fundado en ninguna prueba concreta más allá de sus artículos y comentarios, la prisión preventiva podría haber tenido un efecto disuasivo sobre la libertad de expresión y de prensa. Una de las principales características de la democracia es la posibilidad que ofrece de resolver problemas mediante el debate público. En efecto, en muchas ocasiones la democracia se desarrolla a través de la libertad de expresión. En este contexto, la existencia de un peligro público que amenaza la vida de la nación no debe ser el pretexto para limitar el libre juego del debate político, que forma parte central del concepto de sociedad democrática. Incluso en caso de estado de urgencia los Estados parte deben garantizar la adopción de medidas orientadas a la defensa del orden democrático amenazado y deben proteger los valores de una sociedad democrática, como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto. Por otra parte, las críticas contra los gobiernos y la publicación de información considerada peligrosa para los intereses nacionales por dirigentes de un país no deberían dar lugar a acusaciones penales particularmente graves como la pertenencia o asistencia a una organización terrorista, el intento de derrocar el gobierno o el orden constitucional o la propaganda terrorista. Además, incluso en los casos en que se han formulado acusaciones semejantes, la prisión preventiva solo debería implementarse como medida de excepción en última instancia, cuando las otras medidas no son suficientes para garantizar el curso adecuado del procedimiento. En caso contrario, la interpretación hecha por los jueces nacionales no puede considerarse aceptable. La prisión preventiva impuesta a los opositores tiene múltiples consecuencias negativas, tanto para el detenido como para la sociedad en su conjunto, porque produce forzosamente un efecto disuasivo sobre la libertad de expresión, intimida a la sociedad civil y silencia las voces disidentes. De hecho, el efecto disuasivo puede incluso producirse cuando se libera al detenido.

En lo concerniente a la derogación de Turquía, ante la falta de un motivo serio para apartarse de su apreciación sobre la aplicación del art. 15 de la Convención en relación con el art. 5.1, las conclusiones de esta Corte son válidas también en el contexto del examen del art. 10.

Con respecto a los reclamos sobre la legalidad y la duración de la prisión preventiva, el sistema jurídico de Turquía establece dos vías legales: un recurso destinado a poner fin a la privación de la libertad (art. 91. 5 del CPP) y una acción de indemnización contra el Estado (art. 141.1 (a) del CPP). Altan había presentado un recurso por el que solicitaba su liberación y había recurrido al recurso previsto en el art. 91.5 del CPP. Sin embargo, también debería haber presentado un reclamo de indemnización en términos del art. 141.1 (a) del CPP. La Corte rechazó el reclamo relativo a la detención de Altan porque no se agotaron los recursos internos (art. 3.1/4 de la Convención). Sin embargo, esta decisión no perjudica subsiguientes revisiones de la efectividad del recurso, y, en particular, de la capacidad de los tribunales nacionales para establecer, en relación con la aplicación del art. 141.1 del CPP, una jurisprudencia uniforme y compatible con las exigencias de la Convención.

El fiscal de Estambul decidió, en virtud del art. 3.1 del Decreto Legislativo n.º 668, restringir el acceso al expediente al sospechoso y a sus abogados. Sin embargo, en primer lugar, la policía, luego el fiscal y finalmente el magistrado formularon preguntas detalladas relativas a todas las pruebas antes mencionadas a Altan, quien había sido asistido por sus abogados. Además, el contenido de las preguntas constó en las actas. Por ello, si bien Altan accedió a las pruebas de modo limitado, tuvo el conocimiento suficiente de los elementos de prueba para impugnar adecuadamente las razones que justificaron su prisión preventiva. En consecuencia, este reclamo está manifiestamente mal fundado.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, sentencia del 20-3-2018, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181862>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la salud. Contaminación ambiental. Emisiones de usina siderúrgica. Riesgos graves. Derecho a la vida. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Derecho a un recurso efectivo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: mediante dos recursos presentados en 2013 y 2015 ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) contra la República italiana, ciento ochenta ciudadanos de ese país alegaron que las emisiones de la usina siderúrgica de la Sociedad Ilva, ubicada en Taranto, en la región de Puglia, había provocado efectos adversos en su salud y en el medioambiente.

Los recurrentes, que viven o vivieron en Taranto o en localidades cercanas, sostuvieron que el Estado italiano no había adoptado las medidas jurídicas y reglamentarias necesarias para proteger la salud de los habitantes y el medioambiente, que había omitido brindar información sobre la contaminación y los riesgos

que produce en la salud y que, en consecuencia, ellos habían sido afectados y podían contraer diversas patologías. Alegaron una violación del derecho a la vida y al respeto a la vida privada, arts. 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), y una violación del derecho a un recurso efectivo, art. 13 de la Convención.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que había habido una violación de los arts. 8 y 13 de la Convención. Asimismo, decidió que el Estado italiano debía pagar €5000 a los recurrentes, en un plazo de tres meses a partir del 24 de junio de 2019.

Dada la similitud de ambos recursos, la Corte estimó apropiado examinarlos en conjunto.

En relación con los arts. 2 y 8 de la Convención, la Corte sostuvo que resultaba adecuado examinar las alegaciones únicamente en virtud del art. 8.

El Gobierno italiano impugnó el carácter de víctimas de los recurrentes, manifestó que sus reclamos eran de carácter general y no se referían a situaciones particulares y señaló que, por ello, los recursos no eran más que una *actiopopularis*. Asimismo, sostuvo que la Sociedad Ilva había desarrollado su actividad de conformidad con las autorizaciones otorgadas por la municipalidad, la región y la provincia. Agregó que habían sido implementados planes de prevención de la contaminación y de adopción de medidas para garantizar la calidad del aire en Taranto. Por otra parte, estimó que los recurrentes podrían haber iniciado acciones judiciales tanto penales (por desastre ecológico en virtud del art. 452 *quater* del Código Penal) como civiles, y recurrido ante la Corte Constitucional italiana.

Por su parte, los recurrentes alegaron que el art. 452 *quater* del Código Penal se refiere a situaciones en las que, contrariamente a su caso, los hechos se desarrollan sin una autorización legal o administrativa. Además, manifestaron que hasta entonces los tribunales nacionales habían rechazado las demandas civiles por indemnización y los habían condenado a los demandantes al pago de las costas.

Según la Corte, numerosos informes y estudios científicos atestiguaron el vínculo de causalidad entre la actividad productiva de la Sociedad Ilva de Taranto y la situación sanitaria, sobre todo en las localidades consideradas de “alto riesgo medioambiental” por una deliberación del Consejo de Ministros de noviembre de 1990. Las localidades en que las tasas de mortalidad y hospitalización por ciertas patologías oncológicas, cardiovasculares, respiratorias y digestivas son superiores a la media regional son Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola y Statte. Con base en esta información, la Corte declaró inadmisibles los recursos de diecinueve personas que no residían en esas localidades.

En opinión de la Corte, pese a las tentativas de las autoridades nacionales para descontaminar la zona, los proyectos implementados no han producido los efectos esperados. Las medidas recomendadas a partir de 2012 para mejorar el impacto medioambiental de la usina no fueron ejecutadas, lo que originó un proceso ante la Unión Europea. Por otra parte, la ejecución de un plan ambiental aprobado en 2014 ha sido postergada hasta agosto de 2023. Mientras tanto, en varias oportunidades,

el Gobierno dictó medidas urgentes para garantizar la continuidad de la actividad productiva de la usina, pese a que autoridades judiciales constataron —con base en peritajes químicos y epidemiológicos— la existencia de riesgos graves para la salud y el medioambiente. A todo ello se suma la incertidumbre generada por la debacle financiera de la Sociedad, que puede obligar a posponer el saneamiento de la usina.

La Corte consideró que aún perdura la situación de contaminación ambiental que pone en peligro la salud de los recurrentes y, en general, de todos los residentes de las zonas en riesgo. Además, la población sigue privada de información acerca del desarrollo del proceso de descontaminación del territorio. Por todo ello, sostuvo que las autoridades nacionales no habían adoptado todas las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva del derecho de los interesados al respeto de sus vidas privadas, y que no había sido respetado el equilibrio justo entre el interés de los recurrentes de que los daños graves al medioambiente no afecten su bienestar, su vida privada ni el interés de la sociedad en su conjunto. En consecuencia, declaró que había habido una violación del art. 8 de la Convención.

Por otra parte, la Corte indicó que, en el orden jurídico italiano, los justiciables no gozan de un acceso directo a la Corte Constitucional. En efecto, solamente una jurisdicción que conoce el fondo de una cuestión está facultada para recurrir ante la Corte Constitucional. Asimismo, de conformidad con el Decreto-Ley n.º 152/06, únicamente el ministro de Medioambiente puede solicitar la reparación de un daño ecológico. Por estas razones, los recurrentes no pudieron valerse del perjuicio ocasionado por los daños al medioambiente. Por ello, la Corte sostuvo que había habido una violación del art. 13 de la Convención, cuyo objetivo es brindar un recurso para que los justiciables puedan obtener, a nivel nacional, una compensación por las violaciones a los derechos de la Convención, antes de recurrir al mecanismo internacional.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Affaire Cordella et autres c. Italie*, sentencia del 24-1-2019, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189421>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la vida privada y familiar. Derecho a un juicio justo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: el ciudadano español Jorge Fraile Iturralde cumple desde 1998 una condena de 25 años por colaboración con la organización terrorista ETA. Desde junio de 2010 está alojado en la cárcel de Badajoz.

En 2016, el demandante presentó una queja ante los tribunales nacionales contra la decisión que ordenó su detención bajo régimen cerrado en la cárcel de Badajoz. Cuestionó que las autoridades penitenciarias no lo hubieran autorizado a cumplir su condena en un establecimiento más cercano al domicilio de su familia, en Durango,

Vizcaya. Afirmó que la distancia de 700 kms. dificultaba el desplazamiento de su esposa y su hija de cinco años y que sus padres, de edad avanzada, no podían visitarlo.

Las quejas fueron desestimadas ese mismo año por el Juzgado Central de Vigilancia y por la Audiencia Nacional. Los tribunales señalaron que la excepción de la norma general de que los detenidos deben permanecer internados cerca de su familia y amigos se justificaba por una política general penitenciaria sobre terroristas condenados, por su comportamiento disruptivo y su reivindicación de ETA incluso en la cárcel, así como por los informes penitenciarios que probaban que mantenía un contacto frecuente con familiares y amigos.

En 2017, el accionante interpuso un recurso de amparo, declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional, que ratificó las conclusiones de los tribunales inferiores y sostuvo que en este caso no se habían vulnerado los derechos del recurrente.

Fraile Iturralde recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos y reclamó que la denegación de su petición para ser trasladado a una cárcel más próxima a su familia vulneraba sus derechos en virtud del art. 8 (derecho al respeto a su vida familiar de la Convención Europea de Derechos Humanos —CEDH—). Además, sostuvo que el fallo del Tribunal Constitucional era arbitrario, excesivamente formalista, y violentaba su derecho al acceso a los tribunales (art. 6.1 CEDH).

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibile la demanda.

1. Sobre la presunta violación del art. 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar):

La Corte Europea de Derechos Humanos recordó que toda pena de prisión, por su propia naturaleza, afecta la vida privada y familiar. La Convención no garantiza a los condenados el derecho a elegir su lugar de detención. Sin embargo, si se dificulta o imposibilita el contacto familiar, podría constituir una violación del art. 8 CEDH.

Aunque en este caso la ejecución de la pena en Badajoz interfiere en la frecuencia de las visitas familiares, la Corte examinó si la situación era conforme a la ley, si perseguía una finalidad legítima y si era proporcionada en relación con el fin.

En cuanto a lo primero, la ley española (art. 79 de la Ley General Penitenciaria y art. 31 de su Reglamento) es accesible, conocida y previsible en su aplicación, de manera que el margen de discrecionalidad de las autoridades queda suficientemente acotado. La decisión inicial que lo había destinado a esa cárcel podría haber sido recurrida por vía administrativa y jurisdiccional, pero el interesado no presentó entonces ningún recurso ante el Ministerio del Interior. Posteriormente se podía pedir revisión, solicitud que fue analizada administrativamente y sujeta a revisión jurisdiccional por dos instancias. La ley española, tal como fue interpretada por los tribunales nacionales, permite analizar la situación personal y familiar del detenido y también favorece la reinserción de los presos. La Corte no tiene por qué cuestionar la interpretación de la ley nacional por las autoridades nacionales, especialmente por los tribunales internos.

Respecto de la segunda cuestión examinada, el fomento de la disciplina y el buen comportamiento en prisión es una finalidad legítima. En este caso, el

acercamiento geográfico a su lugar de origen había favorecido el contacto con ETA, cuando su mal comportamiento en prisión respondía a instrucciones de la organización. Además, el alejamiento de los lugares donde operaba ETA atendía al fin legítimo de respetar la dignidad de las víctimas. Por otra parte, en años anteriores, la concentración de presos de ETA en determinadas cárceles había intensificado la presión que ejercía sobre ellos la organización terrorista y facilitado la identificación de funcionarios penitenciarios como objetivos de atentados.

Respecto de lo tercero —la proporcionalidad de la decisión respecto del fin perseguido—, si bien el amplio margen de apreciación que tienen los Estados en la ejecución de las condenas penales puede limitarse si afecta sustancialmente a los vínculos familiares, en este caso las medidas fueron proporcionales. El demandante mantuvo un contacto regular con su familia, enviaba y recibía cartas regularmente y obtuvo un permiso de visita cuando nació su hija. No consta que los viajes de su familia tuvieran dificultades especiales. La política de alejamiento de presos se aplicaba solo a terroristas para minimizar el riesgo del contacto con la organización, ya que ETA no anunció el desmantelamiento completo de sus estructuras hasta el 3 de mayo de 2018. La Corte también señaló que el demandante no se había desvinculado individualmente de la organización terrorista y que, a quienes lo hicieron, sí se les había sido concedido acceso al tercer grado penitenciario.

La Corte concluyó que, dadas las consideraciones de política criminal que se aplicaron en el caso, la falta de evidencia de un perjuicio a la vida familiar del condenado y el margen de apreciación del que gozan los Estados parte, la decisión no había vulnerado el principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, la Corte declaró que la queja estaba manifiestamente mal fundada y no era admisible.

2. Sobre la presunta violación del derecho a un juicio justo del art. 6:

El demandante consideró que la falta de admisión de su recurso de amparo respondía a motivos formales y había vulnerado su derecho de acceso a una revisión jurisdiccional.

La Corte declaró que el Tribunal Constitucional de España no había vulnerado la Convención, ya que había rechazado el amparo con base en la ley que regula la admisión de los recursos de amparo. La resolución del Tribunal Constitucional es legítima porque entendió que las cuestiones planteadas no tenían entidad suficiente o que el recurso no podía prosperar.

Por lo tanto, la Corte concluyó que también esta queja estaba manifiestamente mal fundada.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Jorge Fraile Iturralde c. España* (66498/17), sentencia del 28-5-2019, en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429323061?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDecisi%C3%B3n_asunto_Fraile_Iturralde_v._Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH.



Derecho de la Unión Europea. Derecho penal. Dignidad humana. Reclusión perpetua. Revisión de la pena. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: el ciudadano italiano Marcello Viola participó, entre fines de la década del 80 y octubre de 1996, en el conflicto entre los clanes mafiosos Iatrinoli y Radicena en Taurianova, Calabria.

En 1992, el primer juicio contra Viola y otras veinticuatro personas posibilitó la identificación de los responsables de cuatro homicidios ocurridos en 1991 y el descubrimiento de las ramificaciones de los dos clanes mafiosos que luchaban por el control de Taurianova y las zonas aledañas.

En 1995, la Corte d' Assise de Palmi condenó a Viola a quince años de reclusión por asociación criminal de tipo mafioso y consideró como agravante su condición de jefe y promotor de las actividades criminales del grupo mafioso. Por otra parte, puso en evidencia la solidez del vínculo entre los miembros de la asociación, la jerarquía interna, la diversificación de roles y tareas entre los asociados, el control del territorio, el proyecto criminal, la práctica de intimidación, el avasallamiento a las empresas y la participación directa en la economía de la zona a través del control efectivo de las actividades económicas lícitas.

En febrero de 1999, la Corte d' Assise d' Appello de Reggio Calabria confirmó la condena de Viola, pero redujo la pena a doce años.

El segundo juicio contra Viola se vinculó con otros hechos relacionados con las actividades criminales de los dos clanes mafiosos en Taurianova. En septiembre de 1999, la Corte d' Assise de Palmi lo condenó a prisión perpetua. La decisión fue confirmada por la Corte d' Assise d' Appello de Reggio Calabria en marzo de 2002. Viola fue declarado culpable del delito de asociación criminal de tipo mafioso en virtud del art. 416 bis del Código Penal (CP), así como de homicidio, secuestro y muerte de la víctima y posesión ilegal de armas de fuego, delitos agravados por las circunstancias "de tipo mafioso" previstas en el art. 7 del Decreto Ley n.º 152/1991. Asimismo, el hecho de que Viola fuera jefe de la organización criminal y promotor de sus actividades fue considerado como agravante. Aplicando el régimen de delito continuado, la Corte d' Assise d' Appello lo condenó a prisión perpetua con aislamiento diurno por dos años. Viola, entonces, recurrió ante la Corte de Casación, pero su recurso fue rechazado en febrero de 2004.

Entre junio de 2000 y marzo de 2006, Viola fue sometido al régimen especial de detención previsto en el art. 4 bis de la Ley Penitenciaria n.º 354/1975. Esta disposición autoriza a la administración penitenciaria a suspender, en todo o en parte, la imposición del régimen de detención ordinario en caso de necesidades de orden público o de seguridad.

Durante ese período, el Ministerio de Justicia dispuso la prórroga por un año del régimen del art. 4 bis. Entonces, Viola denunció, ante el Tribunal de Vigilancia de L'Aquila, la falta de motivación de esa decisión, fundada, en su opinión, en elementos que no reflejaban su situación real y agregó que había interrumpido los vínculos con la organización mafiosa.

En marzo de 2006, el Tribunal de Vigilancia de L'Aquila puso fin al régimen especial de detención impuesto a Viola por considerar que las autoridades se habían limitado a señalar que la organización criminal a la que pertenecía todavía estaba activa y que Viola no había demostrado ninguna actitud de enmienda o disposición para colaborar con la Justicia. Señaló que las autoridades no habían brindado elementos específicos para probar que mantuviera contactos con el grupo mafioso y que los resultados positivos del programa de reeducación seguido por Viola no habían sido tomados suficientemente en cuenta.

Viola solicitó en dos ocasiones permisos de salida, un beneficio que se concede a los detenidos en circunstancias específicas. La primera solicitud fue rechazada en 2011 por el juez de vigilancia de L'Aquila, quien consideró que los condenados a prisión perpetua por uno de los delitos previstos en el art. 4 bis quedaban excluidos del beneficio por falta de colaboración con la Justicia. La segunda fue rechazada en 2015 por falta de colaboración con las autoridades.

Viola presentó una solicitud de libertad condicional en virtud del art. 176 CP e instó al Tribunal de Vigilancia a plantear la inconstitucionalidad del art. 4 bis en relación con el art. 27.3 de la Constitución y el art. 117.1 de esta en relación con el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). El tribunal se negó a concederle la libertad condicional por falta de colaboración con las autoridades judiciales. En relación con el planteo de inconstitucionalidad, sostuvo que la norma impugnada era compatible con los principios derivados del art. 27.3 de la Constitución.

Viola interpuso un recurso de casación y planteó la inconstitucionalidad de la disposición que preveía un automatismo legal que imposibilitaba conceder la libertad condicional a los detenidos que “no colaboraban”. En marzo de 2016, la Corte de Casación rechazó el recurso. Se refirió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, en particular a la sentencia n.º 135/2003, que sostenía que subordinar la concesión de la libertad condicional a la colaboración con la Justicia no contradecía la finalidad reeducativa de la pena. Entonces, Viola recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) e invocó la violación de los arts. 3 (torturas o tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) de la Convención. Alegó que la pena de cadena perpetua que le había sido impuesta no era reducible y que no le ofrecía ninguna posibilidad de beneficiarse de la libertad condicional. Por otra parte, argumentó que existía una incompatibilidad entre el régimen penitenciario y el objetivo de reinserción de los detenidos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, por seis votos contra uno, que había habido una violación del art. 3 de la Convención y que la constatación de una violación brindaba *per se* una reparación equitativa del daño moral. Asimismo, dispuso, por seis votos contra uno, que el Estado demandado debía pagar €6000 al recurrente.

El sistema italiano prevé dos tipos de condena a cadena perpetua, a saber, la “ordinaria” dispuesta por el art. 22 CP, que permite una suspensión de la pena después de haber cumplido 26 años de reclusión, y la cadena perpetua sin permisos

de salida ni beneficios por buena conducta (*ergastolo ostativo*), prevista en el art. 4 bis. Esta norma prohíbe conceder la libertad condicional y otorgar beneficios penitenciarios y se funda en una presunción legal indiscutible de peligrosidad, es decir, en la persistencia del vínculo entre el condenado y la asociación criminal mafiosa. Solamente la colaboración con la Justicia permite que el condenado sea excluido de esta prohibición.

El recurrente sostuvo que no tenía perspectiva de liberación ni posibilidad de revisión de la pena de cadena perpetua. Asimismo, señaló que la coerción a la que estaba sometido, además de ser contraria a su íntima convicción de ser inocente y, por ende, a la libertad moral, lo enfrentaba al dilema de aceptar el riesgo de exponer su propia vida y la de sus familiares a las represalias de la mafia, o negarse a colaborar y renunciar a cualquier forma de libertad. Por otra parte, afirmó que, en virtud del art. 3 de la Constitución, la colaboración con la Justicia no puede constituir una “perspectiva de libertad” por motivos inherentes a la pena. En este contexto, argumentó que el sistema italiano obliga al condenado a colaborar con la Justicia, ya que un eventual rechazo lo excluye *a priori* de cualquier camino hacia la reinserción y de cualquier posibilidad de acceder a la libertad condicional.

Viola afirmó que durante su detención siempre había demostrado una conducta positiva, tanto por su buen comportamiento como por su predisposición a ser reeducado, y que había participado exitosamente de las actividades de reinserción. Asimismo, indicó que no había recibido sanciones disciplinarias y que había acumulado más de cinco años de “libertad anticipada” por su participación en las actividades propuestas por la administración penitenciaria. Alegó que, sin embargo, no había podido beneficiarse de ellas por estar sometido al régimen del art. 4 bis. Sostuvo que, pese a contar con elementos concretos que sustentaban su solicitud de liberación, nunca podría obtener su revisión en el ámbito del procedimiento de libertad condicional y tampoco en lo relativo a las solicitudes de permisos de salida.

La Corte tomó nota de las afirmaciones del Gobierno italiano en cuanto a que el objetivo del art. 4 bis es solicitar a los condenados su “desvinculación” del ambiente criminal, como también que demuestren el resultado positivo de la resocialización mediante una colaboración orientada a desintegrar la asociación mafiosa y restaurar la legalidad. En opinión de la Corte, el legislador privilegió expresamente la finalidad de prevención general y protección de la colectividad, y solicitó a los condenados una prueba de su colaboración con la Justicia, instrumento fundamental en la lucha contra la mafia. Según el Gobierno italiano, la especificidad del fenómeno exige un régimen de reclusión perpetua diferente al ordinario, previsto en el art. 22 CP.

La Corte afirmó que la elección de un determinado régimen de justicia penal por parte de un Estado no está sujeta al control europeo, siempre y cuando el sistema adoptado no sea contrario a los principios de la Convención.

Todas estas consideraciones llevaron a la Corte a evaluar si, en su aplicación práctica, el equilibrio entre las finalidades de política criminal y la función de resocialización de la pena no termina por limitar excesivamente la perspectiva de liberación del interesado y la posibilidad de que solicite la revisión de su pena.

La Corte afirmó que el principio de la dignidad humana impide privar a una persona de su libertad a través de la coacción, sin favorecer, al mismo tiempo, su reinserción ni brindarle la posibilidad de recuperar su libertad. La Corte sostuvo que un detenido condenado a cadena perpetua tiene el derecho de saber qué debe hacer para que la posibilidad de obtener su libertad sea evaluada y cuáles son las condiciones necesarias. Asimismo, declaró que las autoridades nacionales deben dar a los condenados a cadena perpetua una posibilidad real de reinserción. Se trata claramente de una obligación positiva de medios y no de resultado, que implica garantizar a los detenidos la existencia de regímenes penitenciarios compatibles con el objetivo de reinserción y que les permita hacer progresos en esa dirección.

Sostuvo que la falta de colaboración con la Justicia no puede imputarse siempre a una elección libre y voluntaria, ni puede justificarse solamente por la persistencia de la adhesión a los “valores criminales” y el mantenimiento de vínculos con el grupo de pertenencia. En efecto, también es razonable la hipótesis que plantea que el condenado puede colaborar con las autoridades sin que su comportamiento refleje un cambio real de su parte o una “desvinculación” efectiva del ambiente criminal.

Si otras circunstancias u otras consideraciones pueden llevar al condenado a negarse a colaborar, o si, eventualmente, la colaboración tiene fines oportunistas, la equivalencia inmediata entre la ausencia de colaboración y la presunción indiscutible de peligrosidad social no se corresponde con el recorrido real de reeducación del condenado.

Considerar la colaboración con las autoridades como la única demostración posible de la “desvinculación” del condenado y de su reeducación implica no tomar en cuenta los demás elementos que permiten evaluar sus progresos. En efecto, la “desvinculación” del ambiente mafioso puede manifestarse de manera diferente a la colaboración con la Justicia.

En opinión de la Corte, la personalidad de un condenado no permanece fija en el momento en que cometió el delito, sino que puede desarrollarse durante la fase de ejecución de la pena, tal como lo prevé la función de resocialización, que permite al condenado realizar una revisión crítica de su pasado criminal y la reconstrucción de su personalidad.

El recurrente estaba imposibilitado de demostrar que ya no subsistía ningún motivo legítimo que justificara su permanencia en la cárcel. Esa circunstancia era contraria al art. 3 de la Convención, ya que, a partir de mantener una equivalencia entre ausencia de colaboración y presunción indiscutible de peligrosidad social, el régimen vigente remitía la peligrosidad al momento en que los delitos habían sido cometidos, en lugar de tomar en cuenta el recorrido de reinserción y los progresos eventualmente hechos a partir de la condena.

La Corte subrayó que tal presunción impidió al juez competente examinar la solicitud de libertad condicional y verificar si, durante la ejecución de su condena, el recurrente había hecho progresos. En efecto, el Tribunal de Vigilancia de L'Aquila había rechazado la solicitud de libertad condicional del recurrente por falta de colaboración con la Justicia, sin evaluar los eventuales progresos que el accionante sostenía haber hecho desde el momento de su condena.

La Corte observó que la introducción del art. 4 bis constituyó el resultado de la reforma del régimen penitenciario de 1992, implementada en un contexto de emergencia en que el legislador tuvo que intervenir, tras un episodio extremadamente significativo para Italia, en una situación crítica. Sin embargo, la lucha contra tal flagelo no puede justificar excepciones a las disposiciones del art. 3 de la Convención, que prohíbe en términos absolutos las penas inhumanas y degradantes. Asimismo, la Corte sostuvo que la finalidad de resocialización de la pena tiene el objeto de prevenir la reincidencia y proteger a la sociedad.

A la luz de todas estas consideraciones, la Corte consideró que la pena de cadena perpetua impuesta al recurrente en aplicación del art. 4 bis de la ley penitenciaria limita excesivamente la perspectiva de liberación del interesado y la posibilidad de una revisión de su condena. En consecuencia, esa pena no puede ser definida como reducible a efectos del art. 3 de la Convención.

Finalmente, sostuvo que la constatación de una violación de ese artículo no puede ser entendida en el sentido de dar al recurrente una perspectiva de liberación inminente. El Estado debe acordar, preferiblemente por iniciativa legislativa, una reforma del régimen de reclusión perpetua que garantice la posibilidad de revisión de la pena.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: Según lo dispuesto en el art. 5 del Código Procesal Penal italiano, la corte d' assise en primera instancia y la corte d' assise d' appello en segunda instancia constituyen órganos jurisdiccionales competentes para el enjuiciamiento de los delitos más graves: aquellos para los que la ley establece cadena perpetua o prisión máxima no inferior a veinticuatro años (se exceptúan de esa regla los delitos agravados de tentativa de homicidio, robo, extorsión y asociación de tipo mafioso previstos en el Código Penal y los delitos agravados previstos en el Decreto del Presidente de la República n.º 309/1990); los delitos consumados previstos en los arts. 579 (homicidio con el consenso de la víctima), 580 (instigación o ayuda al suicidio), 584 (homicidio preterintencional) del Código Penal; los delitos dolosos que ocasionaron la muerte de una o más personas, con excepción de las hipótesis previstas en los arts. 586 (muerte o lesiones como consecuencia de otro delito), 588 (riña) y 593 (omisión de socorro) del Código Penal; los delitos previstos en las leyes de ejecución de la XII disposición final de la Constitución (reorganización del partido fascista), en la Ley n.º 962/1967 (genocidio) y en el título I del libro II del Código Penal (delitos contra la personalidad del Estado), siempre que se establezca una pena máxima de prisión no inferior a diez años, y aquellos consumados o de tentativa previstos en los arts. 416.6 (asociación criminal agravada), 600 (mantenimiento o reducción a la esclavitud), 601 (trata de personas), 602 (compra o venta de esclavos) del Código Penal, y los delitos de terrorismo siempre que se establezca una pena máxima de prisión no inferior a diez años.

Por otro lado, los delitos perpetrados por menores, independientemente de su gravedad, no son de competencia de la corte d' assise.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Affaire Marcello Viola c. Italie* (n.º 2), sentencia del 13-6-2019, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194036>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Asilo. Normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional. Refugiado palestino registrado ante la UNRWA. Derecho a un recurso efectivo. Alcance de la competencia del órgano jurisdiccional de primera instancia. Examen por el juez de la necesidad de protección internacional. Examen de los motivos de inadmisibilidad. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la ciudadana palestina Serín Alheto abandonó la Franja de Gaza, residió en Jordania durante un breve período y viajó a Bulgaria, donde presentó una solicitud de asilo y de protección subsidiaria. Las autoridades administrativas búlgaras le denegaron la solicitud. Alheto presentó un recurso ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, Bulgaria.

La tramitación de las solicitudes de protección internacional (asilo y protección subsidiaria) presentadas en los Estados miembros de la Unión está regulada por normas comunes, recogidas en la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o el retiro de la protección internacional. La directiva establece que toda solicitud de protección internacional presentada en un Estado miembro será tramitada por el órgano cuasi judicial o administrativo designado por ese Estado miembro y que la decisión adoptada por ese órgano podrá ser impugnada ante un órgano jurisdiccional.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía solicitó aclaraciones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para establecer si Alheto podía beneficiarse del estatuto de refugiado de conformidad con el derecho de la Unión y, en caso afirmativo, según qué criterios.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que un palestino registrado como refugiado ante la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (en adelante, UNRWA) no puede obtener el estatuto de refugiado en la Unión si goza de la protección o la asistencia efectiva de esa agencia.

Cuando un juez conoce de un recurso contra la decisión del órgano cuasi judicial o administrativo relativa a una solicitud de asilo o de protección subsidiaria, debe examinar el expediente y considerar todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes, incluidos los que aún no existían cuando el órgano adoptó su decisión. El objetivo del magistrado debe ser garantizar la rapidez del trámite de las solicitudes de asilo y de protección subsidiaria. Por eso, debe examinar la solicitud de manera exhaustiva y actualizada y no es necesario que devuelva el expediente al órgano cuasi judicial o administrativo antes de emitir el fallo.

Los Estados miembros deben establecer en sus derechos nacionales que, en el supuesto de que el juez anule la decisión del órgano cuasi judicial o administrativo y sea necesaria una nueva decisión sobre la solicitud de asilo o de protección subsidiaria, tiene que adoptarse en el menor tiempo posible y de acuerdo con las apreciaciones del juez.

En relación con el caso, hay criterios específicos establecidos por la legislación de la Unión. Cuando un palestino está registrado ante la UNRWA, no puede obtener el asilo en la Unión mientras goce de la protección o la asistencia efectiva de esta agencia. Solo se le podrá conceder el asilo en la Unión si existe un riesgo grave para su seguridad personal, ha solicitado sin éxito la asistencia de la UNRWA y se ha visto obligado, por motivos ajenos a su voluntad, a abandonar la zona de operaciones de la UNRWA.

En el caso en cuestión, el órgano cuasi judicial o administrativo designado por el Estado miembro para examinar las solicitudes y el órgano jurisdiccional que conoce del recurso contra la decisión del primero deben examinar si la solicitante gozaba de la protección o la asistencia efectiva de la UNRWA en Jordania. En caso afirmativo, no puede obtener asilo en la Unión. Tampoco podrá obtener protección subsidiaria en la Unión si no se demuestra la existencia de un riesgo grave para su seguridad personal en la Franja de Gaza ni si, de existir tal riesgo, Jordania está dispuesta a readmitirla en su territorio y a concederle el derecho de residencia en condiciones de vida dignas durante el tiempo que sea necesario.

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 de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, Bulgaria, en el caso *Serin Albeto c. Zamestnik-predsdatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, asunto C-585/16, sentencia del 25-7-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204382&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=firt&part=1&cid=973241>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Ciudadanía de la Unión Europea. Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de la Unión. Pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada. Regreso al Estado miembro del que es nacional el ciudadano de la Unión. Solicitud de autorización de residencia. Estudio de las circunstancias personales del solicitante. Derecho a la tutela judicial efectiva. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sudafricana Rozanne Banger y el británico Philip Rado convivieron en Sudáfrica entre 2008 y 2010, antes de instalarse en los Países Bajos. Las autoridades neerlandesas concedieron a Banger una tarjeta de residencia como familiar de un ciudadano de la Unión, según la directiva relativa a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y su familia (Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo).

La directiva exige que los Estados miembros concedan a la persona que mantiene una relación estable con un ciudadano de la Unión la posibilidad de entrar y residir en un país distinto de aquel del que proceda su pareja. Cuando los Estados examinan las solicitudes, están obligados a estudiar detenidamente las circunstancias personales y a justificar cualquier denegación de entrada o residencia.

En 2013, Banger y Rado se instalaron en el Reino Unido, donde la mujer solicitó una tarjeta de residencia. El ministro del Interior se la denegó, al amparo de la legislación británica que establece los derechos de los familiares de los ciudadanos británicos que regresan al país tras haber residido en otro Estado miembro. La normativa británica, que va más allá de la directiva, dispone que el solicitante, para ser considerado miembro de la familia de un ciudadano británico, debe ser su cónyuge o pareja registrada. Las autoridades británicas rechazaron la solicitud de Banger porque, en el momento en que la presentó, no estaba casada con Rado.

Banger impugnó la resolución del ministro del Interior.

La Sala de Inmigración y Asilo del Tribunal Superior del Reino Unido decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ciertas cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación de la directiva y las implicaciones de la sentencia del caso *Singh* (C-370/90, del 7 de julio de 1992). Según la jurisprudencia que derivó de ese fallo, cuando los ciudadanos de la Unión —tras haber ejercido su derecho de residencia en otro Estado miembro— regresan a su Estado miembro de origen, sus familiares tienen derecho a entrar y residir en ese país y gozan de los mismos derechos que se les conferirían en otro Estado miembro. No obstante, el caso *Singh* se refería a la esposa de un ciudadano de la Unión, mientras que este caso corresponde a una pareja no casada ni registrada. Por esa razón, el tribunal británico consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si los principios de esa sentencia se aplican cuando el nacional de un país que no pertenece a la Unión no

está casado con el ciudadano de la Unión que regresa a su Estado miembro de origen. También consultó si es contraria al derecho de la Unión una resolución denegatoria que no se basa en un estudio pormenorizado de las circunstancias personales del solicitante y no está justificada con razones adecuadas y suficientes.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que, cuando un ciudadano de la Unión regresa a su país de origen, ese Estado miembro está obligado a facilitar la entrada y la residencia de la persona no nacional de un Estado miembro de la Unión con quien el ciudadano mantiene una relación de pareja estable.

Una resolución que rechaza la autorización de residencia en estas condiciones debe basarse en un estudio pormenorizado de las circunstancias personales del solicitante y estar justificada.

La directiva rige únicamente las condiciones de entrada y de residencia del ciudadano de la Unión en los Estados miembros que no sean el de su nacionalidad. En consecuencia, Banger no puede fundar en la directiva su solicitud de que el Reino Unido, Estado miembro del que proviene su pareja, le conceda una autorización de residencia.

No obstante, en determinados supuestos, los Estados miembros pueden reconocer un derecho de residencia derivado a los nacionales de países no pertenecientes a la Unión que sean familiares de un miembro de la Unión, en términos del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que confiere a los ciudadanos comunitarios el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La jurisprudencia basada en esa norma pretende garantizar al ciudadano comunitario la posibilidad de salir del Estado miembro del que es nacional con la certeza de que podrá desarrollar una convivencia familiar (con un nacional de un Estado no perteneciente a la Unión) en otro Estado miembro y regresar a su Estado de origen sin alterar su vida de pareja. Además, los requisitos de concesión del derecho de residencia derivado no deben ser, en principio, más estrictos que los establecidos por la directiva.

Por consiguiente, en este caso, el Tribunal resolvió que correspondía aplicar la directiva por analogía. La directiva se refiere específicamente a la persona con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable y dispone que el Estado miembro de acogida deberá facilitar la entrada y la residencia de la pareja. Por lo tanto, el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea obliga al Estado miembro del que es nacional un ciudadano de la Unión a facilitar la concesión de una autorización de residencia a la pareja nacional de un país no perteneciente a la Unión con la que el ciudadano mantiene una relación estable cuando trasladan su residencia al país natal del que proviene el ciudadano comunitario, tras haber ejercido su derecho de libre circulación.

Los Estados miembros no están obligados a reconocer el derecho de entrada y de residencia a los nacionales de países no pertenecientes a la Unión que mantienen una relación de pareja estable con un ciudadano comunitario, sino únicamente a conceder un trato más favorable a las solicitudes de esos nacionales que a las de otros nacionales de países no pertenecientes a la Unión.

Dado que la directiva se aplica por analogía cuando el ciudadano de la Unión regresa a su Estado miembro de origen, de ese modo, una resolución que deniega la residencia a la pareja extracomunitaria de un ciudadano de la Unión que regresa a su país tras residir en otro Estado miembro, y cuyo vínculo no esté registrado, debe estar justificada y basada en un estudio pormenorizado de las circunstancias personales del solicitante.

Por último, los nacionales de países no pertenecientes a la Unión deben contar con una vía de recurso para impugnar una resolución que rechace la autorización de residencia. En este contexto, el juez nacional debe comprobar si la resolución tiene una base fáctica suficientemente sólida y si se han respetado las garantías del procedimiento.

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 —Sala de Inmigración y Asilo— del Reino Unido en el caso *Secretary of State for the Home Department c. Rozanne Banger*, asunto C-89/17, sentencia del 12-7-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203963&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=972321>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho a la reagrupación familiar. Control en las fronteras, asilo, inmigración. Extracomunitario contra el que se haya dictado una decisión de prohibición de entrada en el territorio. Solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar con un ciudadano de la Unión Europea que no ha ejercido nunca su libertad de circulación. Negativa a examinar la solicitud. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Bélgica decidió el retorno de una serie de personas a sus respectivos países —Armenia, Rusia, Uganda, Kenia, Nigeria, Albania y Guinea—, junto con la prohibición de reingreso al territorio belga. En algunos casos, las decisiones estuvieron fundadas en motivos de riesgo para el orden público.

Posteriormente, presentaron en Bélgica sendas solicitudes de permiso de residencia y se ampararon en su condición de descendiente a cargo de un nacional

belga, progenitor de menor belga o pareja de hecho que cohabita legalmente en relación estable con un nacional belga, respectivamente.

Las autoridades belgas competentes no revisaron las solicitudes, con el argumento de que existían prohibiciones de entrada anteriores contra los afectados que todavía estaban vigentes. Las decisiones de este tipo únicamente pueden revocarse o dejar de surtir efectos temporalmente, cuando se presenta en el extranjero una solicitud de anulación o suspensión.

El Consejo de lo Contencioso-Administrativo para Asilo e Inmigración de Bélgica, que conoce de los litigios sobre esas materias, planteó varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Precisó que, de conformidad con la práctica nacional, no se habían tomado en consideración las solicitudes de residencia presentadas con fines de reagrupación familiar (y, por lo tanto, que no había sido resuelto el fondo) con base en que a esas personas ya se les había prohibido la entrada al territorio belga. Señaló, además, que los ciudadanos de la Unión vinculados a los solicitantes de residencia no se habían desplazado periódicamente a otros Estados miembros como trabajadores o prestadores de servicios y que no habían desarrollado o consolidado su vida familiar con los nacionales de países extracomunitarios con ocasión de una estancia efectiva en un Estado miembro que no fuera Bélgica. Por lo tanto, se consultó si correspondía aplicar al caso la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresó que deben tomarse en consideración las solicitudes de reagrupación familiar incluso cuando existan prohibiciones de entrada en el territorio contra nacionales de países extracomunitarios que sean familiares de ciudadanos de la UE que no hayan ejercido nunca su libertad de circulación.

Se debe evaluar caso por caso tanto la existencia de una relación de dependencia entre nacionales de países extracomunitarios y ciudadanos de la UE, como la justificación de la prohibición de entrada en el territorio por razones de orden público.

La jurisprudencia relativa a la ciudadanía de la Unión indica que existen situaciones muy especiales en las que, aun si los ciudadanos de la Unión hubieran ejercido su libertad de circulación, debe concederse el derecho de residencia a los nacionales de países extracomunitarios que sean familiares de ciudadanos comunitarios.

Cuando, como consecuencia de la denegación de ese derecho, los ciudadanos de la Unión se ven obligados a abandonar el territorio de la Unión, se los priva del goce efectivo de los derechos conferidos por el estatuto. Por lo tanto, la obligación impuesta a los nacionales extracomunitarios de abandonar el territorio de la Unión para solicitar la revocación o suspensión de la prohibición de entrada en el territorio puede poner en peligro el propósito de la ciudadanía de la Unión. Dada la relación de

dependencia familiar entre el nacional extracomunitario y el ciudadano de la UE, el cumplimiento de esa obligación lleva a que el segundo se vea obligado en la práctica a acompañar al primero y, con ello, a abandonar él mismo el territorio de la Unión durante un período indeterminado.

Además, precisó las circunstancias en las que concurre una relación de dependencia que puede fundamentar la existencia de un derecho de residencia derivado para los familiares de ciudadanos de la Unión que nunca hubieran ejercido su libertad de circulación.

Destacó que, a diferencia de los menores de edad (y en especial de los niños de corta edad), los adultos están, en principio, en condiciones de llevar una existencia independiente de sus familiares. Por lo tanto, en el caso de los adultos únicamente cabe contemplar la existencia de un derecho de residencia derivado en los casos excepcionales en que, habida cuenta del conjunto de circunstancias relevantes, el interesado no pueda en modo alguno separarse del familiar del que depende. En cambio, cuando los ciudadanos de la Unión son menores de edad, la decisión sobre si existe relación de dependencia con nacionales de países que no integran la UE deberá considerar el interés superior del niño, el conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, su edad, su desarrollo físico y emocional, la intensidad de su relación afectiva con cada uno de los progenitores y el riesgo que entrañaría para su equilibrio separarlo del progenitor extracomunitario. Para acreditar la relación de dependencia, no basta con que exista un vínculo familiar con el nacional, sea biológico o jurídico, ni tampoco con que convivan en el mismo domicilio (aunque sea un dato relevante que debe tenerse en consideración).

Por otra parte, resulta indiferente que la relación de dependencia invocada por los nacionales de países extracomunitarios surgiera después de que se adoptara contra ellos la decisión de prohibición de entrada en el territorio. También resulta indiferente que la decisión ya fuera definitiva en el momento en que los nacionales extracomunitarios presentaron sus solicitudes de residencia a fin de lograr la reagrupación familiar. Resulta indiferente, asimismo, que la justificación de la decisión de prohibición de entrada en el territorio se halle en el incumplimiento de una obligación de retorno. Los motivos de orden público sobre los que pueda basarse la decisión no bastan para denegar automáticamente el derecho de residencia derivado. La concesión de derechos de residencia derivados solo puede denegarse por motivos de orden público cuando el análisis del conjunto de las circunstancias —a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales— indique que los nacionales extracomunitarios constituyen una amenaza real, actual y lo suficientemente grave para el orden público.

Por último, la Directiva 2008/115 busca impedir que los Estados de la Unión dicten sentencias de retorno o prohibiciones de entrada cuando hubiera otras decisiones de retorno anteriores todavía en vigencia. Además, tiene por objeto que las sentencias consideren las circunstancias familiares alegadas (especialmente el interés de los hijos menores) en las solicitudes de residencia con fines de reagrupación

familiar, salvo en los casos en que los interesados hubieran podido invocar esas circunstancias en procesos anteriores.

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 lo Contencioso-Administrativo para Asilo e Inmigración de Bélgica en el caso *K.A. y otros c. Belgische Staat* (Reagrupación familiar en Bélgica), asunto C-82/16, sentencia del 8-5-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=201821&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=357569>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho a la seguridad social. Seguridad social de los trabajadores migrantes. Nacional de un Estado miembro empleado como marinero a bordo de un buque que enarbola pabellón de un tercer Estado. Empresario establecido en un Estado miembro distinto del Estado miembro de residencia del trabajador. Determinación de la legislación aplicable. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: entre agosto y diciembre de 2013, un ciudadano letón residente en Letonia trabajó como marinero para una empresa con domicilio en los Países Bajos. Navegaba en el Mar del Norte, fuera del territorio de la Unión Europea, a bordo de un buque que enarbolaba el pabellón de las Bahamas. Las autoridades tributarias neerlandesas libraron una liquidación en la que declaraban que el hombre debía pagar las cotizaciones sociales al régimen de seguridad social neerlandés correspondientes a su período de trabajo. El hombre acudió a los tribunales neerlandeses, pues consideraba que no le era aplicable el régimen.

El Tribunal Supremo de los Países Bajos consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación que ha de darse a las disposiciones del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, con el fin de determinar la legislación aplicable en una situación como la del marinero letón.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que un marinero que mantiene su residencia en el Estado miembro donde nació, pese a trabajar por cuenta de un empresario con domicilio en otro Estado miembro, en un buque que enarbola pabellón de un tercer Estado y que navega fuera del territorio de la Unión Europea, está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. De acuerdo con el reglamento, la legislación aplicable a esa persona es la de su Estado miembro de residencia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sostiene que la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Unión no basta para descartar la aplicación de las normas de la Unión sobre la libre circulación de trabajadores ni, concretamente, del reglamento en cuestión, si la relación laboral guarda un vínculo suficientemente estrecho con ese territorio. Es lo que sucede, en particular, cuando un ciudadano de la Unión, residente en un Estado miembro, ha sido contratado por una empresa con domicilio en otro Estado miembro por cuenta de la cual ejerce sus actividades.

En este caso, el Tribunal de Justicia consideró que la relación laboral conserva un vínculo suficientemente estrecho con el territorio de la Unión, ya que durante el período en que prestó servicios a la empresa, el hombre residía en Letonia y su empleador estaba radicado en los Países Bajos. Una situación de ese tipo está por tanto comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

El Tribunal de Justicia examinó si el caso del marinero letón estaba comprendido en el ámbito de aplicación del art. 11.3.e del reglamento tras comprobar que ni las reglas especiales previstas en los arts. 12 a 16 del reglamento —relativas a las personas destinadas en otro Estado miembro, a las que ejercen una actividad en dos o más Estados miembros, que han elegido un seguro voluntario o facultativo y a las que son agentes auxiliares de las instituciones europeas—, ni la norma general relativa a la gente de mar, según el art. 11.4 del reglamento, ni tampoco las situaciones reguladas por el art. 11.3, puntos a. a d. —referidas a las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro, funcionarios, personas que reciben prestaciones por desempleo y quienes prestan el servicio militar o el servicio civil en un Estado miembro— son aplicables en este caso.

El art. 11.3.e del reglamento prevé que las personas no contempladas en los puntos a. a d. del art. 11.3 están sujetas a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones del reglamento que les garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros.

Una interpretación restrictiva del art. 11.3.e del reglamento que limitara el ámbito de aplicación de la disposición únicamente a las personas que no ejercen una actividad económica (como alegaron el Gobierno neerlandés y la Comisión) podría privar de protección en materia de seguridad social, a falta de legislación que les resulte aplicable, a personas que no están contempladas en los supuestos a los que se refiere el artículo ni en otras disposiciones del reglamento, como en este caso.

La interpretación resulta contraria al objetivo perseguido por la disposición y, con carácter más general, por el reglamento, que constituye un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de ley cuyo objetivo no es únicamente evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que pueden resultar de ello, sino también impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social.

El Tribunal de Justicia determinó que el art. 11.3.e, del reglamento es aplicable a todas las personas que no están contempladas en los puntos a. a d. de la disposición, y no solo a quienes no ejercen ninguna actividad económica.

No privan de validez a esa interpretación ni las notas explicativas ni la Guía Práctica sobre la Legislación Aplicable en la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo y Suiza, elaborada y aprobada por la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y publicada en el mes de diciembre de 2013. En efecto, aunque esos documentos constituyen instrumentos útiles para la interpretación del Reglamento sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, carecen de fuerza obligatoria y, por tanto, no pueden vincular al Tribunal de Justicia a la hora de interpretarlo.

En conclusión, una persona en la situación del marinero letón está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, y más concretamente de su art. 11.3.e, de modo que la legislación nacional aplicable es la del Estado miembro de residencia de esa persona.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos (Hoge Raad der Nederlanden), en el caso *SF/Inspecteur van de Belastingdienst*, asunto C-631/17, sentencia del 8-5-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213862&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9127669>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho a un proceso equitativo. Cooperación policial y judicial en materia penal. Orden de detención europea. Derecho de acceso a un juez independiente e imparcial. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la Justicia polaca emitió tres órdenes de detención en territorio europeo contra LM por tráfico ilícito de estupefacientes. Detenido en Irlanda el 5 de mayo de 2017, LM se opuso a ser entregado a las autoridades de su país y alegó que, debido a las reformas del sistema judicial polaco, corría el riesgo de no ser sometido a un proceso equitativo.

En la sentencia *Aranyosi y Căldăraru*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que, cuando a la autoridad judicial de ejecución comprueba que hay un riesgo real de que el acusado sufra tratos inhumanos o degradantes, en el sentido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe aplazarse la ejecución de una orden de detención europea. No obstante, el aplazamiento únicamente es posible tras un análisis que conste de dos etapas. En primer lugar, a la autoridad judicial de ejecución debe constarle que existe un riesgo real de que en el Estado miembro emisor se inflijan tratos inhumanos o degradantes como consecuencia de deficiencias sistémicas. En segundo lugar, la autoridad debe comprobar que existen razones serias y fundadas para creer que el acusado estará expuesto a ese riesgo. En efecto, la existencia de deficiencias sistémicas no implica necesariamente que, en un caso concreto, la persona vaya a sufrir tratos inhumanos o degradantes.

El Tribunal Superior de Irlanda consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la autoridad judicial de ejecución que conoce de una petición de entrega que puede dar lugar a la violación del derecho fundamental de la persona buscada a un proceso equitativo está obligada —en términos de lo resuelto en *Aranyosi y Căldăraru*—, por un lado, a asegurarse de que existe un riesgo real de que se viole ese derecho por deficiencias sistémicas del sistema judicial polaco y, por otro lado, a comprobar que la persona está en riesgo, o bien si basta con que observe que existen deficiencias en el sistema judicial polaco, sin necesidad de determinar si la persona está efectivamente expuesta al riesgo. Además, consultó qué información y garantías debe obtener de la autoridad judicial emisora para descartar el riesgo.

Las órdenes de detención se dictaron en el contexto de las reformas del sistema judicial realizadas por el Gobierno polaco, que el 20 de diciembre de 2017 llevaron a la Comisión a presentar una propuesta que instaba al Consejo a declarar la existencia de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de Polonia.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la autoridad judicial que se pronuncie sobre la ejecución de una orden de detención europea no debe darle curso si considera que la persona corre el riesgo de que se viole su derecho fundamental a ser juzgado por un juez independiente y, con ello, su derecho fundamental a un proceso equitativo, debido a deficiencias que afecten la independencia del Poder Judicial del Estado miembro emisor.

La denegación de ejecutar una orden de detención europea es una excepción al principio de reconocimiento mutuo en el que se basan este tipo de decisiones. Como se trata de una excepción, debe ser interpretada de modo estricto.

Además, la existencia de un riesgo real de que la persona sufra una violación de su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, de su derecho fundamental a un proceso equitativo puede permitir con carácter excepcional la abstención de la autoridad judicial de ejecución de dar curso a la orden de detención europea. A este respecto, la salvaguarda de la independencia de las autoridades judiciales resulta primordial para garantizar la tutela efectiva de los justiciables, especialmente en el marco del mecanismo de la orden de detención europea.

En el supuesto de que, para oponerse a su entrega a la autoridad judicial emisora, el acusado invoque la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas, que puedan afectar la independencia judicial y el derecho fundamental a un proceso equitativo, la autoridad judicial de ejecución deberá evaluar, a partir de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados, si existe un riesgo real para la garantía de ese derecho en el Estado miembro emisor.

El Tribunal consideró que la información recopilada en la propuesta, presentada por la Comisión al Consejo, de conformidad con el art. 7 TUE, apartado 1, constituye un elemento pertinente para la evaluación.

Además, recordó que la necesidad de independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales engloba dos aspectos. Es preciso que los tribunales ejerzan sus funciones con plena autonomía y estén protegidos de injerencias o presiones externas y sean imparciales, lo que implica que guarden una distancia equitativa con respecto a las partes del litigio y a sus intereses. Las garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición de los órganos jurisdiccionales, así como al nombramiento, a la duración de las funciones y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros. Por otra parte, la necesidad de independencia exige igualmente que el régimen disciplinario que se aplique a los jueces presente las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales.

La autoridad judicial deberá comprobar, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso existen razones serias y fundadas para creer que la persona correrá riesgo de que se viole su derecho a un proceso equitativo si es entregada. Esta comprobación es necesaria también cuando, como en este caso, el Estado miembro emisor recibió una propuesta motivada de la Comisión para que el Consejo declarara la existencia de un riesgo de violación grave de los valores contemplados en el art. 2 TUE, y si la autoridad judicial de ejecución considera que puede demostrar la existencia de deficiencias sistémicas en relación con esos valores.

Para determinar el riesgo, la autoridad judicial de ejecución debe examinar en qué medida las deficiencias sistémicas o generalizadas pueden incidir en los órganos jurisdiccionales competentes y si existen razones serias y fundadas para creer que no se respetará el derecho fundamental a un juez independiente ni, con ello, el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo. Se deben considerar la

situación personal del acusado, la naturaleza de la infracción que se le imputa y el contexto que han motivado la orden de detención europea.

Además, la autoridad judicial de ejecución debe solicitar al tribunal que dicta la orden de detención cualquier información adicional necesaria para evaluar el riesgo. En este contexto, la autoridad judicial que requiere la detención puede proporcionar cualquier elemento objetivo sobre modificaciones en la protección de la garantía de la independencia judicial, que permita descartar la existencia del riesgo a no ser juzgado en un proceso equitativo.

Si, después de haber examinado todos esos elementos, la autoridad judicial de ejecución considera que existe un riesgo de violación de los derechos fundamentales del acusado, no debe dar curso a la orden de detención europea de la que es objeto esa persona.

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 Irlanda en el caso *PPU Minister for Justice and Equality c. M* (Deficiencias del sistema judicial), asunto C-216/18, sentencia del 25-7-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204384&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=533610>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de los consumidores. Agricultura. Denominación de origen protegida (DOP). Protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. Utilización de signos que pueden evocar la región a la que está vinculada la DOP. Concepto de consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Consumidores europeos o consumidores del Estado miembro en el que se fabrica y se consume mayoritariamente el producto amparado por la DOP. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la empresa española Industrial Quesera Cuquerella S. L. (IQC) comercializa tres de sus quesos con etiquetas en las que aparecen dibujos

de un caballero, un caballo famélico y paisajes con molinos de viento y ovejas, con términos como “Quesos Rocinante”. Las imágenes y el nombre Rocinante hacen referencia a la novela Don Quijote de La Mancha. Los quesos no están cubiertos por la denominación de origen protegida (DOP) “queso manchego” que acompaña los quesos elaborados con leche de oveja en la región de La Mancha, según los requisitos del pliego de condiciones de la propia DOP.

La Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego se encarga de la gestión y protección de la citada DOP. La fundación presentó una demanda contra IQC y Juan Ramón Cuquerella Montagud a fin de que se declarara que tanto las etiquetas utilizadas por IQC para identificar y comercializar los tres quesos citados como el empleo de los términos mencionados, constituían una infracción de la DOP. En efecto, la Fundación consideró que esas etiquetas y esos términos suponían una evocación ilícita de la DOP en el sentido del Reglamento 510/2006 del Consejo relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios.

En las dos primeras instancias procesales, los tribunales españoles estimaron que los signos y denominaciones utilizados por IQC para comercializar los quesos evocaban la región de La Mancha, pero no necesariamente el producto “queso manchego”, protegido por la DOP.

El Tribunal Supremo de España, ante el que se recurrió en casación, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la evocación de una denominación registrada puede producirse mediante el uso de signos figurativos vinculados a una zona geográfica y, además, si eso es posible incluso en el caso de que los signos figurativos sean utilizados por un productor establecido en esa misma región, pero cuyos productos no estén protegidos por la DOP.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la utilización de signos figurativos que evoquen la zona geográfica a la que está vinculada una denominación de origen protegida (DOP) puede constituir una evocación ilícita de esa denominación de origen.

1. El reglamento establece una protección de las denominaciones registradas contra “toda evocación”. El término “toda” implica que una evocación puede surgir tanto a partir de un elemento denominativo como de uno figurativo.

El criterio decisivo para determinar si un elemento evoca la denominación registrada es si puede traer directamente a la memoria del consumidor la imagen del producto protegido. El objetivo de que el consumidor disponga de datos claros, concisos y verosímiles sobre el origen del producto está mejor garantizado cuando la denominación registrada no puede ser objeto de una evocación por medio de signos figurativos. El tribunal nacional será el encargado de establecer si la evocación es posible o no de este modo.

La utilización de signos figurativos vinculados con la zona geográfica de una denominación de origen puede constituir una evocación de esa denominación, incluso en caso de que los signos sean utilizados por un productor establecido en esa misma región, pero cuyos productos no estén cubiertos por la denominación de origen.

El reglamento no establece ninguna excepción en beneficio de un productor establecido en una zona geográfica correspondiente a la DOP y cuyos productos, sin estar protegidos, son similares o comparables a los productos que sí lo están. Le corresponde al Tribunal Supremo de España determinar si existe una proximidad conceptual suficientemente directa y unívoca entre los signos figurativos utilizados por IQC y la DOP “queso manchego”. El tribunal nacional deberá comprobar si los signos figurativos, en particular los dibujos del caballero que se asemeja a las representaciones habituales de Don Quijote de La Mancha, de un caballo famélico y de paisajes con molinos de viento y ovejas, pueden lograr que el consumidor lo asocie directamente, como imagen de referencia, al producto protegido por la DOP. A este respecto, el Tribunal Supremo de España también deberá decidir si es necesario analizar conjuntamente todos los signos —figurativos y denominativos— de las etiquetas de los productos para establecer todos los elementos con potencial evocador.

2. Además, se consultó si el concepto de “consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” se refiere a los consumidores europeos o únicamente a los consumidores del Estado miembro en el que el producto se elabora y se consume.

El Tribunal de Justicia estimó que el concepto debe interpretarse de tal manera que se garantice la protección efectiva y uniforme de las denominaciones registradas en todo el territorio de la Unión. De este modo, consideró que se refiere a los consumidores europeos, incluidos los consumidores del Estado miembro en el que el producto se fabrica y se consume. Le corresponde al Tribunal Supremo de España determinar si los elementos figurativos y denominativos del producto evocan en los consumidores españoles la imagen de una denominación registrada, que, en tal caso, deberá ser protegida.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España en el caso *Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego/Industrial Quesera Cuquerella, S.L., y Juan Ramón Cuquerella Montagud*, asunto C-614/17, sentencia del 2-5-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213589&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9126507>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de los consumidores. Contrato celebrado a distancia. Derecho de desistimiento. Excepciones. Concepto de “bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”. Colchón cuya protección ha sido retirada por el consumidor después de su entrega. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Sascha Ledowski compró un colchón en el sitio web de la empresa alemana de venta en línea Slewo. Cuando lo recibió, retiró la capa de protección que revestía el colchón. Posteriormente, lo devolvió a Slewo y reclamó la devolución del precio de compra de €1094,52 y de los gastos de envío.

Slewo considera que Ledowski no podía ejercer el derecho de desistimiento de que dispone el consumidor normalmente durante los primeros catorce días en caso de compra en línea. En efecto, a su juicio, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores excluye el derecho de desistimiento cuando se trate de “bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados por el consumidor después de su entrega”.

El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania), que conoce del litigio, pidió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretara la directiva. En particular, deseaba saber si la exclusión prevista es aplicable a un bien como un colchón cuya protección ha sido retirada por el consumidor después de la entrega.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó que el derecho de desistimiento de los consumidores en caso de venta en línea se aplica a un colchón cuya protección ha sido retirada después de la entrega.

El comerciante puede, mediante un tratamiento de limpieza o desinfección, lograr que el colchón esté en condiciones de ser nuevamente comercializado, sin contravenir los imperativos de protección de la salud o de higiene.

El hecho de que un consumidor haya retirado la capa de protección de un colchón adquirido en internet no lo priva de la posibilidad de ejercer su derecho de desistimiento.

El Tribunal recordó que el derecho de desistimiento tiene por objeto proteger al consumidor en la situación concreta de una venta a distancia, en la que no tiene la posibilidad real de ver el producto antes de celebrar el contrato. Por tanto, consideró que se trata de una compensación de la desventaja resultante para el consumidor de un contrato a distancia, dentro de un plazo de reflexión apropiado para poder examinar y probar el bien adquirido en la medida necesaria para determinar su naturaleza, características y funcionamiento.

En relación con la exclusión de que se trata, es la naturaleza de un bien la que puede justificar el precintado de su embalaje por razones de protección de

la salud o de higiene. Por tanto, el desprecintado del embalaje priva al bien de la garantía en términos de protección de la salud o de higiene. Existe el riesgo de que el bien no sea objeto de un nuevo uso por un tercero, y, en consecuencia, no pueda ser nuevamente comercializado.

En el caso, la excepción al derecho de desistimiento controvertida no es aplicable a un colchón cuya protección ha sido retirada por el consumidor después de la entrega.

En efecto, por un lado, no parece que el colchón, por el mero hecho de que pueda haber sido utilizado, deje definitivamente de estar en condiciones de ser reutilizado por un tercero o de ser comercializado nuevamente. Por ejemplo, un mismo colchón sirve a sucesivos clientes de un hotel, existe un mercado de segunda mano para colchones usados y, además, el comerciante puede limpiar y desinfectar el colchón para su comercialización.

Por otro lado, a efectos del derecho de desistimiento, un colchón puede asimilarse a una prenda de vestir. En este caso, la directiva prevé expresamente la posibilidad de que el comprador pueda devolver la prenda al término de la prueba. Es posible asimilar las dos categorías de productos ya que, aun en caso de contacto directo con el cuerpo humano, cabe presumir que el comerciante puede, después de su devolución, y mediante un tratamiento de limpieza o desinfección, hacer que estén en condiciones de ser reutilizados por un tercero y, por tanto, de ser nuevamente comercializados, sin contravenir los imperativos de protección de la salud o de higiene.

No obstante, el Tribunal de Justicia señaló que, según la directiva, el consumidor responde de toda depreciación de un bien que resulte de las manipulaciones que no sean necesarias para determinar su naturaleza, características y buen funcionamiento, sin que se lo prive por ello del derecho de desistimiento.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania, en el caso *Slewo / schlafen leben wohnen GmbH / Sascha Ledowski*, asunto C-681/17, sentencia del 27-3-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212283&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9124474>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del trabajo. Discriminación basada en la religión. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: JQ trabajaba como jefe de servicio de medicina interna de un hospital gestionado por IR, una sociedad alemana de responsabilidad limitada y sujeta al control del arzobispo católico de Colonia. El vínculo laboral entre las partes remitía al Reglamento aplicable al Servicio Eclesiástico en el Marco de las Relaciones Laborales dentro de la Iglesia (en adelante, Gro de 1993), que establece que, si un trabajador católico con responsabilidades directivas contrae un matrimonio inválido en términos del derecho canónico, la conducta constituye un incumplimiento grave de sus obligaciones de lealtad, y justifica su despido. Según la ética de la Iglesia Católica, el matrimonio religioso es sagrado e indisoluble. En ese contexto, la Constitución alemana confiere a las iglesias y a instituciones vinculadas con la iglesia autonomía, con ciertos límites, para administrar libremente sus propios asuntos.

JQ se había divorciado de su primera esposa, con la que estaba casado por el rito católico, y se volvió a casar por lo civil sin haber anulado su primer matrimonio. La IR lo despidió cuando se notificó del caso. Argumentó que, con un matrimonio inválido según el derecho canónico, se incumplían gravemente las obligaciones de lealtad derivadas del contrato laboral.

JQ recurrió ante la jurisdicción laboral alemana. Alegó que su segundo matrimonio no podía dar lugar a un despido procedente y que ello violaba el principio de igualdad de trato puesto que, con arreglo al GrO de 1993, las nuevas nupcias de un jefe de servicio de religión protestante o sin religión no tienen repercusiones en la relación laboral con IR.

En ese contexto, el Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que interpretara la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe, en principio, que los trabajadores sean discriminados por motivos de religión o convicciones, y a la vez permite, con determinadas condiciones, que las iglesias u otras organizaciones cuya ética se base en la religión o las convicciones exijan a sus trabajadores una actitud de buena fe y lealtad hacia esa ética.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que el despido de un médico católico, jefe de servicio, por parte de un hospital católico, fundado en que se hubiera vuelto a casar después de divorciarse, puede constituir discriminación por religión, lo que está prohibido.

El requisito de que un jefe de servicio católico respete el carácter sagrado e indisoluble del matrimonio conforme a la concepción de la Iglesia Católica no parece ser un requisito profesional esencial, legítimo y justificado. No obstante, corresponde al Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania comprobar la legitimidad del despido.

Si una iglesia u otras organizaciones basadas en la religión que gestionen centros hospitalarios constituidos como sociedades de capital de derecho privado deciden imponer a empleados que ejerzan responsabilidades directivas el requisito de mantener una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética sostenida, esa decisión debe poder someterse a un control judicial efectivo cuando el requisito se evalúe en función de la religión profesada el trabajador.

Al efectuar ese control judicial, el tribunal nacional competente deberá asegurarse de que, a la vista de la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o del contexto en que se ejerzan, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado según la ética en cuestión.

Si bien en este asunto corresponde al Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania dilucidar si se cumplen esas condiciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la adhesión a la concepción del matrimonio que defiende la Iglesia Católica no parece necesaria para proclamar la ética de IR cuando se tiene en cuenta la importancia de las actividades profesionales de JQ, a saber, la prestación en un hospital de asesoramiento y cuidados médicos y la gestión del servicio de medicina interna del que estaba a cargo. Por tanto, no parece ser una condición esencial de la actividad profesional, lo cual queda corroborado por el hecho de que se encomendaran puestos análogos a trabajadores que no profesaban la religión católica, por lo que no estaban sujetos a esa misma exigencia de mantener una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de IR.

Además, el requisito en cuestión no parece justificado. No obstante, corresponde al tribunal alemán comprobar si IR ha acreditado que exista un riesgo probable y grave de vulneración de su ética o su derecho a la autonomía.

En cuanto a que, en principio, las directivas de la Unión no surtan efectos directos entre los particulares, sino que requieran la transposición al derecho nacional, el Tribunal señaló que correspondía a los tribunales nacionales interpretar, en la medida de lo posible, el derecho nacional que transpone las directivas de conformidad con ellas.

Si resulta imposible interpretar el derecho nacional aplicable (en este caso, la ley general alemana sobre igualdad de trato) de conformidad con la directiva contra la discriminación, tal como aquí se interpreta, el tribunal nacional que conozca de un litigio entre dos particulares deberá evitar aplicar el derecho nacional.

A ese respecto, el Tribunal observó que la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones tiene carácter imperativo como principio general de derecho de la Unión, consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y es suficiente para conceder a los particulares un derecho que puedan invocar en litigios que los enfrenten en ámbitos regidos por el derecho de la Unión.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio,

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania en el caso *IR c. JQ*, asunto C-68/17, sentencia del 11-9-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205521&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=-first&part=1&cid=538063>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del trabajo. Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Discriminación directa por motivos de religión. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en Austria, el Viernes Santo es un día festivo remunerado solamente para los miembros de las iglesias evangélicas de la confesión de Augsburgo y de la confesión helvética, de la Iglesia Católica Antigua y de la Iglesia Evangélica Metodista. Este régimen especial tiene la finalidad de permitir que los fieles practiquen su religión y celebren sus ritos el Viernes Santo sin necesidad de solicitar licencia laboral. En caso de que alguno de ellos trabaje durante el día festivo, tiene derecho a un complemento salarial.

Markus Achatzi trabaja en la agencia de detectives Cresco Investigation. Aunque no es miembro de ninguna de esas iglesias, consideró discriminatoria la decisión de su empleador de no otorgarle un complemento salarial por haber trabajado durante un Viernes Santo, y le reclamó el pago de lo adeudado.

El Tribunal Supremo de Austria, que conoce del litigio, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad de la normativa austriaca controvertida con la prohibición de discriminación por motivos de religión establecida en el derecho de la Unión Europea, así como en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la ley de Austria que considera al Viernes Santo como día festivo remunerado solo para los trabajadores que pertenecen a determinadas iglesias incurre en una discriminación por motivos de religión que está prohibida por el derecho de la Unión.

Mientras Austria no modifique su legislación para restablecer la igualdad de trato, el empleador privado está obligado, bajo determinadas condiciones, a conceder al resto de sus trabajadores el mismo derecho.

1. La legislación nacional controvertida incurre en discriminación directa por motivos de religión. Tal legislación no puede justificarse ni como medida necesaria para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ni como medida específica para compensar desventajas ocasionadas por motivos de religión.

El empleador debe conceder el derecho a un día festivo el Viernes Santo, siempre y cuando los trabajadores le hayan solicitado de antemano ausentarse ese día. En caso de no acceder a lo pedido, debe reconocerles el derecho a un complemento salarial por el trabajo realizado en esa jornada.

2. La legislación austriaca controvertida establece una diferencia de trato basada en la religión de los trabajadores, dado que el criterio de diferenciación procede directamente de la pertenencia a una determinada religión. Por tanto, resulta discriminatoria.

Además, esa legislación produce el efecto de tratar de diferente manera situaciones análogas en función de la religión. Conceder el Viernes Santo como un día festivo para el trabajador miembro de alguna de esas iglesias no está sujeto al requisito de que cumpla con alguna obligación religiosa ese día, sino que depende únicamente de su pertenencia formal a una iglesia. El trabajador dispone libremente del tiempo durante ese día, por ejemplo, para dedicarlo al descanso o al ocio.

3. La finalidad de este régimen especial es respetar la especial importancia de las celebraciones religiosas asociadas a ese día para los miembros de las iglesias, lo que justificaría la discriminación directa. Sin embargo, la normativa no puede considerarse necesaria para proteger la libertad de religión.

En efecto, Austria no ha considerado a los trabajadores que profesan otras religiones, dado que no se les concedió un día festivo adicional para que pudieran celebrar sus ritos. Los empleadores tienen el deber de asistir y proteger a sus empleados y de garantizarles el derecho de ausentarse de su trabajo durante el tiempo necesario para celebrar ritos religiosos.

4. La legislación austriaca controvertida tampoco presenta medidas específicas que compensen la diferencia de trato por motivos de religión y respeten los principios de proporcionalidad e igualdad.

En efecto, las disposiciones controvertidas conceden un día de descanso el Viernes Santo a los trabajadores que formen parte de alguna de las iglesias citadas, mientras que los que profesan religiones cuyas fiestas no coinciden con los días festivos comunes en Austria solo pueden ausentarse de su trabajo para celebrar ritos religiosos si el empleador los autoriza, en el marco del deber de asistencia y protección. Por lo tanto, las medidas controvertidas sobrepasan lo necesario para compensar la desventaja y establecen una diferencia de trato que no garantiza el respeto del principio de igualdad.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Austria, en el caso *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, asunto C-193/17, sentencia del 22-1-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210073&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11970915>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del trabajo. Política social. Ordenación del tiempo del trabajo. Derecho a vacaciones anuales retribuidas. Normativa de un estado miembro que permite establecer mediante convenio colectivo que se tengan en cuenta períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales a efectos de calcular la retribución que ha de abonarse en concepto de vacaciones anuales. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Hein trabaja como encofrador para la sociedad alemana Holzkamm. En 2015, la empresa redujo su tiempo laboral y no realizó ningún trabajo efectivo durante veintiséis semanas, es decir, la mitad del año. En los períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales, como en el caso de Hein, la relación laboral entre el empresario y el trabajador continúa aunque el trabajador no preste un trabajo efectivo.

Sin embargo, según el convenio colectivo de la construcción, los trabajadores tienen derecho a disfrutar de unas vacaciones anuales de treinta días, con independencia de los períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales durante los cuales no realicen ningún trabajo efectivo. Por lo tanto, en 2015 y 2016, Hein tomó los treinta días de vacaciones cuyo derecho había adquirido en 2015. No obstante, según ese mismo convenio colectivo, los períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales se tienen en cuenta a efectos de calcular la retribución que se abona en concepto de las vacaciones anuales, llamada “remuneración por vacaciones”. Por consiguiente, Holzkamm calculó el importe que correspondía a Hein sobre la base de un salario por hora bruto inferior al salario por hora normal, lo que acarreo una disminución considerable de la retribución.

Dado que los períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales durante el período de referencia no pueden inducir una disminución del importe de la remuneración por vacaciones que le corresponde, Hein se dirigió al Tribunal de lo Laboral de Verden, Alemania.

El tribunal consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si resultaba conforme con el derecho de la Unión la normativa nacional que permite establecer mediante un convenio colectivo que se tengan en cuenta las pérdidas

salariales producidas durante el período de referencia en razón de la reducción del tiempo laboral por causas empresariales, que conlleva una disminución de la remuneración por vacaciones (Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que un trabajador tiene derecho a percibir su retribución normal, durante sus vacaciones anuales mínimas garantizadas por el derecho de la Unión, a pesar de haber sufrido períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales. Sin embargo, la duración de las vacaciones anuales mínimas dependerá del trabajo efectivo realizado durante el período de referencia, de modo que los períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales pueden tener como efecto que las vacaciones mínimas sean inferiores a cuatro semanas.

1. Según el derecho de la Unión, los trabajadores tendrán derecho a un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas. Este derecho tiene dos vertientes: el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en tal concepto.

2. En cuanto al derecho a unas vacaciones anuales mínimas de una duración de cuatro semanas, el Tribunal de Justicia recordó que tal derecho se basa en la premisa de que el trabajador ha trabajado efectivamente durante el período de referencia. Por consiguiente, los derechos correspondientes a las vacaciones anuales retribuidas deben calcularse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo.

Dado que en 2015 Hein dejó de realizar un trabajo efectivo durante veintiséis semanas, se deduce que, en virtud del derecho de la Unión, solo le corresponden dos semanas de vacaciones (aunque el Tribunal de lo Laboral de Verden deberá determinar la duración exacta de ese período de vacaciones).

Sin embargo, el derecho de la Unión solo regula la duración de las vacaciones anuales mínimas y no se opone a que una normativa nacional o un convenio colectivo concedan a los trabajadores un derecho a vacaciones anuales retribuidas que tengan una duración superior, con independencia de que se haya reducido el tiempo de trabajo por causas empresariales.

3. En cuanto a la retribución que debe abonarse al trabajador por el período de vacaciones anuales mínimas garantizado por el derecho de la Unión, el Tribunal señaló que debe mantenerse la retribución ordinaria durante el período de descanso.

Si el trabajador no recibiera su retribución ordinaria, podría verse obligado a no tomar sus vacaciones anuales retribuidas, al menos durante los períodos de trabajo efectivo, en la medida en que ello supondría una disminución de su retribución.

4. En consecuencia, contradice el derecho de la Unión el hecho de que un trabajador que se encuentre en una situación como la de Hein perciba por sus días de vacaciones anuales garantizados una retribución que no se corresponde con la que ordinariamente percibe durante los períodos de trabajo efectivo.

Con todo, el derecho de la Unión no exige que la retribución ordinaria se conceda durante todo el período de vacaciones anuales a las que el trabajador tiene derecho en virtud del derecho nacional. El empresario solo tiene la obligación de conceder esta retribución durante las vacaciones anuales mínimas establecidas en el derecho de la Unión, vacaciones que el trabajador solo adquiere por los períodos efectivamente trabajados.

5. En un asunto como este, que opone a particulares, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su normativa nacional de conformidad con el derecho de la Unión. Tal interpretación debería conducir a que la remuneración por vacaciones abonada a los trabajadores en concepto de las vacaciones mínimas establecidas en el derecho de la Unión no sea inferior a la retribución ordinaria media que perciben durante los períodos de trabajo efectivo.

En cambio, el derecho de la Unión no obliga a interpretar que la normativa nacional dé derecho a una prima adicional convencional que venga a sumarse a la retribución ordinaria media ni que deba tenerse en cuenta la retribución percibida por las horas extraordinarias, a menos que las obligaciones derivadas del contrato de trabajo exijan que el trabajador realice horas extraordinarias con carácter muy previsible y habitual, cuya remuneración constituya un importante elemento de la retribución total del trabajador.

6. La interpretación que el Tribunal hace de una norma de derecho de la Unión aclara y precisa su significado y alcance tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor.

Por eso, las normas del derecho de la Unión en materia de vacaciones anuales, tal como han sido interpretadas en esta sentencia, pueden y deben ser aplicadas por el juez nacional incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas con anterioridad a esta sentencia si concurren los requisitos que permiten someterle un litigio relativo a la aplicación de las normas.

No procede limitar en el tiempo los efectos de esta sentencia, ya que no concurre el requisito relativo a las repercusiones económicas graves.

Además, el derecho de la Unión se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales protejan, sobre la base del derecho nacional, la confianza legítima de los empresarios en cuanto al mantenimiento de la jurisprudencia de las más altas instancias jurisdiccionales nacionales que confirmaba la legalidad de las disposiciones en materia de vacaciones retribuidas del convenio colectivo de la construcción.

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 de lo Laboral de Verden, Alemania, en el caso *Torsten Hein c. Albert Holzkamm GmbH & Co. KG*, asunto C-385/17, sentencia del 13-12-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208963&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1675926>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del trabajo. Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Trabajadora en período de lactancia. Trabajo nocturno. Trabajo a turnos realizado parcialmente en horario nocturno. Evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo. Medidas de prevención. Igualdad de trato. Discriminación por razón de sexo. Carga de la prueba. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Isabel González Castro trabaja como vigilante de seguridad para Prosegur España, S.L. En noviembre de 2014 dio a luz a un hijo, que recibió lactancia materna. Desde marzo de 2015 desempeña sus funciones en un centro comercial en turnos rotativos y variables de ocho horas, algunos dentro del horario nocturno. La trabajadora intentó obtener la suspensión de su contrato de trabajo y la concesión de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural prevista por la normativa española (Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales). A tal fin, solicitó a Mutua Umivale —mutual privada sin ánimo de lucro que gestiona las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional— que le expidiera un certificado médico que acreditara que su puesto de trabajo presentaba un riesgo para la lactancia natural. Su solicitud fue denegada, por lo que presentó un reclamo, que también fue desestimado. Interpuso un recurso contra la desestimación del reclamo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover en el ámbito laboral la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o está en período de lactancia, dispone que no se las puede obligar a trabajar de noche durante el embarazo o el período posparto. Por otra parte, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, prevé una inversión de la carga de la prueba. Cuando una persona que se considere perjudicada por no habersele aplicado el principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, pruebas que permitan presumir una discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió plantear varias cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Por un lado, consultó acerca de la interpretación del concepto de “trabajo nocturno”, en el sentido de la Directiva 92/85/CEE, cuando el trabajo nocturno es parcial.

Por otro lado, consideró la posibilidad de que la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de González Castro no se llevara a cabo correctamente y que, en realidad, presentara un riesgo para su salud o seguridad. Consultó si, en este marco, procedía aplicar las normas de inversión de la carga de la prueba previstas en la Directiva 2006/54/CE y, en caso afirmativo, si correspondía a la trabajadora afectada o a la parte demandada —es decir, al empleador o a la institución responsable del pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural— demostrar que la adaptación de las condiciones laborales o el cambio de puesto de trabajo de la afectada no resultan técnica u objetivamente posibles o no pueden exigirse razonablemente.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que debe considerarse que las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o están en período de lactancia que cumplan parcialmente con un horario laboral nocturno realizan un trabajo nocturno y tienen derecho a la protección específica contra los riesgos que este trabajo puede presentar.

La Directiva 92/85/CEE se aplica a una situación en la que la trabajadora realiza un trabajo en el que solo una parte de sus funciones son desempeñadas en horario nocturno. Se observó que la directiva no contiene ninguna precisión sobre el alcance exacto del concepto de “trabajo nocturno”. De las disposiciones generales de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se deduce que debe considerarse que una trabajadora que realiza un trabajo en el que solo una parte es en horario nocturno realiza su trabajo durante el “período nocturno”, y, por lo tanto, debe calificarse de “trabajador nocturno”. Las disposiciones específicas de la Directiva 92/85/CEE no debían interpretarse de manera menos favorable que las disposiciones generales de la Directiva 2003/88/CE ni de manera contraria a la finalidad de la Directiva 92/85/CEE, que es reforzar la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en período de lactancia. Para poder beneficiarse de esta protección en el marco del trabajo nocturno, la trabajadora debe presentar un certificado médico que dé fe de su necesidad de ello desde el punto de vista de la seguridad o la salud. Incumbe al Tribunal Superior de Justicia de Galicia comprobar si así sucede en este caso.

En segundo lugar, las reglas de inversión de la carga de la prueba previstas en la Directiva 2006/54/CE se aplican a una situación como la de González Castro, cuando la trabajadora expone hechos que pueden sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitiese presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de esta directiva. En la medida en que la Directiva 92/85/CEE establece que las trabajadoras

embarazadas, que hayan dado a luz o estén en período de lactancia que realizan un trabajo nocturno tienen derecho a una protección reforzada y específica contra el riesgo concreto que puede presentar el desempeño de ese trabajo, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de estas trabajadoras no puede estar sujeta a requisitos menos estrictos que los aplicados en el marco del régimen general establecido por la directiva, que define las acciones que deben emprenderse con respecto a todas las actividades que puedan conllevar un riesgo específico para las trabajadoras. Tal evaluación debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar si su salud y seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En el supuesto de que no se haya llevado a cabo el examen, existirá un trato menos favorable de la mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad a los efectos de la Directiva 92/85/CEE, lo que constituirá una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 2006/54/CE, que permite la inversión de la carga de la prueba. Aparentemente, la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de González Castro no comportó un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual, y la interesada sufrió discriminación. Corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Galicia comprobar si este fue efectivamente el caso. Si lo fue, corresponderá a la parte recurrida demostrar lo contrario.

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 Justicia de Galicia en el caso *Isabel González Castro c. Mutua Univale, Prosegur España, S.L., e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, asunto C-41/17, sentencia del 19-9-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205872&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4453180>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Comunicación al público. Publicación en un sitio de internet de una fotografía previamente publicada en otro, sin la autorización del titular de los derechos de autor. Público nuevo. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: el fotógrafo Dirk Renckhoff autorizó a publicar una de sus fotos a los operadores de un sitio web dedicado a viajes. Una alumna de un centro de enseñanza secundaria del Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia, en Alemania, descargó la foto del sitio, al que se podía acceder libremente, para ilustrar un trabajo escolar, que luego se publicó en el sitio web de la escuela.

Dirk Renckhoff demandó al Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia ante los tribunales alemanes y solicitó que se le prohibiera reproducir su foto. También reclamó €400 en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Renckhoff alegó que únicamente había autorizado a utilizar la foto a los operadores del sitio de viajes, y afirmó que la publicación de la fotografía en el sitio de la escuela vulneraba sus derechos de autor.

En este contexto, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que interpretara la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, según la cual el autor de una obra tiene, en principio, el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la comunicación al público de la obra. Además, consultó si el concepto de “comunicación al público” comprendía la publicación en un sitio web de una fotografía que había sido publicada previamente en otro, sin restricciones que impidieran su descarga y con la autorización del titular de los derechos de autor.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que es necesaria una nueva autorización del autor para publicar una fotografía en un sitio web si su publicación solo había sido autorizada en otro sitio web. La foto se pone a disposición de un público nuevo cuando es publicada en un sitio web para el que no había sido autorizada.

El concepto de “comunicación al público” comprende la publicación en un sitio web de una foto publicada previamente en otro sitio, sin restricciones para descargarla y con la autorización del titular de los derechos de autor.

Una foto puede ser protegida por derechos de autor siempre que trate de una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que exprese sus decisiones libres y creativas al tomarla. El órgano jurisdiccional nacional debe analizar estos elementos.

Sin perjuicio de las excepciones y limitaciones previstas en la directiva, cuando un tercero utiliza una obra sin consentimiento previo, vulnera los derechos del autor. El objetivo de la directiva es alcanzar un elevado nivel de protección en favor de los autores y que reciban una compensación adecuada por la utilización de sus obras, en particular en relación con la comunicación al público.

En este caso, la publicación en el sitio de la escuela de una foto previamente publicada en un sitio de viajes, tras haber sido copiada en el servidor privado de la alumna, debe calificarse como “puesta a disposición” y, por consiguiente, como “acto de comunicación”. La publicación en el sitio de la escuela ofrece a los visitantes la posibilidad de acceder a la foto.

Además, la publicación en estas circunstancias supone la puesta a disposición de la obra a un público nuevo. El público que el autor tuvo en cuenta cuando autorizó la comunicación de la obra en el sitio web original solo está formado por los usuarios del sitio, y no por los usuarios del sitio en el que fue posteriormente publicada sin autorización o por otros internautas.

Este tipo de publicación debe distinguirse de la puesta a disposición de obras protegidas mediante un enlace que redirige al sitio web de la comunicación inicial (al respecto, sentencia del TJUE C-466/12, del 13-2-2014, en el caso *Svensson y otros*). En efecto, a diferencia de los enlaces, que contribuyen al buen funcionamiento de internet, la clase de publicación de este caso no favorece el respeto a los derechos de autor en la red.

No tiene relevancia el hecho de que, como ocurre en este asunto, el titular de los derechos de autor no haya limitado las posibilidades de utilización de la foto por parte de los internautas.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania en el caso *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, asunto C-161/17, sentencia del 7-8-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204738&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=536781>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Respeto de los derechos de propiedad intelectual. Indemnización en caso de que se intercambien archivos infringiendo los derechos de autor. Derecho a la vida privada y familiar. Conexión a internet accesible a miembros de la familia del titular. Exención de la responsabilidad del titular sin que sea necesario precisar la naturaleza del uso de la conexión por parte del miembro de la familia. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la editorial alemana Bastei Lübbe reclamó a Michael Strotzer ante el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich I de Alemania una indemnización pecuniaria debido a que fue compartido un audiolibro —de cuyos derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor es titular la editorial— con el fin de que pudiera ser descargado por un número ilimitado de usuarios en una plataforma de intercambio de archivos mediante la conexión a internet de la que es titular Strotzer.

Strotzer negó haber infringido las normas relativas a los derechos de autor. Además, alegó que sus padres, con quienes vivía, también habían tenido acceso a esta conexión, sin aportar mayores precisiones en cuanto al momento en que la habían utilizado ni a la naturaleza del uso que habían hecho de ella.

En consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania y dado el carácter fundamental del derecho a la protección de la vida familiar, el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich I entendió que el derecho alemán privilegiaba de tal modo aquella protección que podía justificar eximir de responsabilidad al titular de la conexión a internet. A este respecto, explicó que puede presumirse que el titular de una conexión a internet mediante la cual se han violado los derechos de autor es el responsable de la infracción si ha sido identificado con precisión mediante su dirección IP y si ninguna otra persona había podido acceder a esa conexión en el momento en que la infracción tuvo lugar. Sin embargo, esta presunción puede verse debilitada en caso de que otras personas hayan tenido acceso a la conexión. Por otro lado, agregó que, si un miembro de la familia del titular tuvo esa posibilidad, el titular, de acuerdo con el derecho fundamental a la protección de la vida familiar, puede eludir su responsabilidad mediante la mera designación de ese miembro de su familia, sin la obligación de aportar precisiones adicionales en cuanto al momento o el modo en que utilizó la conexión a internet.

En este contexto, el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich I solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que interpretara las disposiciones del derecho de la Unión relativas a la protección de los derechos de propiedad intelectual (Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y

Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual).

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que el titular de una conexión a internet a través de la que se han cometido infracciones de los derechos de autor mediante un intercambio de archivos no puede quedar eximido de su responsabilidad por la mera designación de un miembro de su familia que tenía la posibilidad de acceder a la conexión.

Los titulares de los derechos deben disponer de un recurso eficaz o de medios que permitan a las autoridades judiciales competentes ordenar la comunicación de la información necesaria.

Tal como la interpreta el tribunal nacional competente, el derecho de la Unión se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el titular de una conexión a internet a través de la que se han cometido infracciones de los derechos de autor no es responsable cuando designe al menos a un miembro de su familia que tuviera posibilidad de acceder a la conexión, aun sin aportar mayores precisiones en cuanto al momento y modo en que hubiera accedido a la conexión.

Debe hallarse un equilibrio justo entre distintos derechos fundamentales, a saber, por una parte, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad intelectual y, por otra parte, el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Ese equilibrio no existe cuando se concede una protección casi absoluta a los miembros de la familia del titular de la conexión.

En efecto, si el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una acción de responsabilidad no puede exigir, a instancia del demandante, pruebas relativas a los miembros de la familia de la parte contraria, ello equivale a hacer imposible la demostración de que se ha producido la infracción, así como la identificación del responsable. Por consiguiente, conduciría a una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de propiedad intelectual.

Sin embargo, este no sería el caso si, para evitar una injerencia considerada inadmisibles en la vida familiar, los titulares de derechos pudieran disponer de otra forma de recurso efectivo, por ejemplo, el reconocimiento de la responsabilidad civil del titular de la conexión de internet de que se trate.

Además, corresponde en última instancia al Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich I comprobar si existen en su derecho interno otros medios, procedimientos y recursos que permitan a las autoridades judiciales competentes ordenar que se facilite la información necesaria para poder determinar, en circunstancias como las de este caso, que se han infringido los derechos de autor e identificar al responsable de la infracción.

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 Regional de lo Civil y Penal de Múnich I en el caso *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*, asunto C-149/17, sentencia del 18-10-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206891&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2489372>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Libertad de establecimiento. Contratación pública. Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios. Servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos. Organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro. Servicios de transporte de pacientes en ambulancia. Transporte en ambulancia cualificado. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2016, el ayuntamiento alemán de Solingen licitó la contratación por cinco años de un servicio de atención y asistencia a pacientes en situación de emergencia. El servicio debía estar a cargo de un técnico en transporte y emergencias sanitarias, ser asistido por un socorrista y contar con auxiliar de transporte sanitario. Los servicios fueron adjudicados a dos empresas.

La sociedad Falck Rettungsdienste y el grupo Falck A/S solicitaron a los tribunales alemanes que declararan la ilegalidad de esa adjudicación por no haberse publicado previamente el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, de acuerdo con las normas generales sobre contratación pública establecidas por la Directiva 2014/24/UE.

En ese contexto, el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si ese tipo de contrataciones públicas están comprendidas en el concepto de “servicios de prevención de riesgos” que el art. 10, letra h. de la Directiva 2014/24 excluye del ámbito de aplicación de las normas clásicas de adjudicación de contratos públicos, siempre que se correspondan con determinados códigos CPV (vocabulario común de contratos públicos) y sean prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro. En su caso, estos servicios estarían comprendidos en el concepto de “servicios de transporte de pacientes en ambulancia”, sujetos a un régimen simplificado de contratación pública. Además, solicitó que se interpretara el concepto de “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro”.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que las normas de contratación pública no se aplican a los servicios de transporte de pacientes en situaciones de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro.

1. Según el art. 10, letra h., de la directiva, las normas clásicas de contratación pública, incluida la obligación de publicar un anuncio de licitación en el Diario Oficial, no se aplican a los contratos públicos relativos a servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos, siempre que estos servicios se correspondan con determinados códigos CPV (en este caso, el de “servicios de socorro” o el de “servicios de ambulancia”) y sean prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro. Esta excepción a la aplicación de las normas de contratación pública no incluye los servicios de transporte de pacientes en ambulancia, que están incluidos en el régimen simplificado de contratación pública.

La atención y asistencia de pacientes en situación de emergencia en un vehículo de socorro por parte de un técnico en transporte y emergencias sanitarias/socorrista y el transporte en ambulancia cualificado no constituyen “servicios de defensa civil” ni “servicios de protección civil”, sino que están comprendidos en el concepto de “prevención de riesgos”.

2. En efecto, de la interpretación tanto literal como sistemática de la directiva se desprende que la “prevención de riesgos” se refiere tanto a los riesgos colectivos como a los riesgos individuales. Además, la exclusión de las normas de contratación pública establecida en favor de los servicios de prevención de riesgos solo puede beneficiar a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro y no debe ir más allá de lo estrictamente necesario. La inaplicabilidad de las normas de contratación pública está indisolublemente vinculada con la existencia de un servicio de emergencia.

El Tribunal concluyó que la atención y asistencia urgente de pacientes prestada, además, en un vehículo de socorro por un técnico en transporte y emergencias sanitarias/socorrista, está comprendida en el código correspondiente a los “servicios de socorro”. En cambio, el transporte en ambulancia cualificado solo está comprendido en el código correspondiente a los “servicios de ambulancia” si, al menos potencialmente, puede apreciarse la urgencia, es decir, cuando se transporta a un paciente para el que existe un riesgo de agravamiento de su estado de salud durante el traslado. El riesgo obliga a que el servicio de transporte sea prestado por personal con formación adecuada en primeros auxilios. En estos supuestos, no se aplican las normas generales de contratación pública (incluida la obligación de publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial), siempre que los servicios estén a cargo de organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro.

3. Finalmente, el Tribunal declaró que las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, que carecen de finalidad comercial y que reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar su objetivo están comprendidas en el concepto de “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro” en el sentido de la directiva.

Por consiguiente, la directiva se opone a una normativa nacional por la cual las asociaciones asistenciales reconocidas como organizaciones de protección y defensa civiles se consideran “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro” sin que el reconocimiento del estatuto de asociación asistencial esté supeditado, en el derecho nacional, a la persecución de un fin no lucrativo.

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 Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania, en el caso *Falck Rettungsdienste GmbH y otros c. Stadt Solingen*, asunto C-465/17, sentencia del 21-3-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212006&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3687649>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Propiedad intelectual. Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Derechos de reproducción. Concepto de “obra”. Sabor de un alimento. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: el Heksenkaas es un queso para untar a base de crema y finas hierbas, creado en 2007 por un comerciante neerlandés de verduras y de productos frescos. Los derechos de propiedad intelectual sobre el producto pertenecen a la sociedad neerlandesa Levola, que los adquirió por la cesión del comerciante.

Desde 2014, la sociedad neerlandesa Smilde fabrica un producto denominado Witte Wievenkaas para una cadena de supermercados en los Países Bajos.

Levola consideró que la producción y venta del Witte Wievenkaas vulneraba sus derechos de autor sobre el sabor del Heksenkaas, por lo que solicitó a los tribunales neerlandeses que ordenaran a Smilde, entre otras cosas, que dejara de producir y comercializar el producto. Alegó, por una parte, que el sabor del *Heksenkaas* es una “obra” protegida por el derecho de autor y, por otra parte, que el Witte Wievenkaas lo reproduce.

El Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda, Países Bajos, que conoce del litigio en segunda instancia, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(TJUE) si el sabor de un alimento puede ser protegido por la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que el sabor de un alimento no goza de la protección del derecho de autor ni puede ser calificado como “obra”.

Los derechos de autor del sabor de un alimento solo pueden ser protegidos si se califica el producto como “obra” en el sentido de la directiva. La calificación de obra supone una creación intelectual original y exige, asimismo, una “expresión” de esta creación.

Según el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio adoptado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), al que adhirió la Unión, y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor, del cual la Unión es parte, la protección del derecho de autor abarca las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

Por lo tanto, el concepto de “obra” contemplado en la directiva implica necesariamente una expresión del objeto de la protección con arreglo al derecho de autor que lo identifique con suficiente precisión y objetividad.

No es posible identificar de manera precisa y objetiva el sabor de un alimento. A diferencia de una obra literaria, pictórica, cinematográfica o musical, expresiones precisas y objetivas, la identificación del sabor de un alimento se basa esencialmente en sensaciones y experiencias gustativas que son subjetivas y variables, ya que dependen de factores relacionados con la persona que prueba el producto, como su edad, sus preferencias alimentarias, sus hábitos de consumo y el contexto en que lo consume.

Además, los recursos técnicos disponibles aún no permiten identificar el sabor de un alimento de una manera precisa y objetiva que permita distinguirlo de otros productos de sabor similar.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el sabor de un alimento no puede ser calificado como “obra” y, por lo tanto, no goza de la protección del derecho de autor de acuerdo con la directiva.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda, Países Bajos, en el caso *Levola*

Hengelo BV c. Smilde Foods BV, asunto C-310/17, sentencia del 13-11-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A05D6FD667FFEEC0BBB718AAD-C6B0747?text=&docid=207682&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1854817>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Reconocimiento de cualificaciones profesionales. Reconocimiento de títulos de formación obtenidos en periodos de formación parcialmente superpuestos. Potestad de verificación del Estado miembro de acogida. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2013, el italiano Hannes Preindl solicitó al Ministerio de Sanidad de Italia que reconociera su título de Doktor der Zahnheilkunde —expedido por la Universidad de Medicina de Innsbruck, Austria— para ejercer la profesión de dentista dentro de Italia, y la solicitud fue aprobada.

En 2014, Preindl presentó otra solicitud para obtener el reconocimiento del título de Doktor der gesamten Heilkunde —expedido también por la Universidad de Medicina de Innsbruck—, para ejercer en Italia la profesión de médico cirujano, pero el ministerio se lo negó. Alegó que la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, no contempla que una persona pueda ejercer dos formaciones de modo simultáneo.

En efecto, para expedir a la vez el título de odontólogo y el de médico, Preindl tuvo que superar simultáneamente numerosos exámenes de cada área de estudio. Aunque el derecho austriaco permite matricularse de forma simultánea en dos formaciones, el derecho italiano lo prohíbe expresamente, ya que exige una dedicación exclusiva.

Ante la negativa, Preindl acudió ante los tribunales italianos de lo contencioso administrativo.

En este contexto, el Consejo de Estado de Italia consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si la directiva obliga a un Estado miembro —cuya legislación establece la obligación de cursar formaciones a tiempo completo y la prohibición de matricularse simultáneamente en dos formaciones— a reconocer de manera automática los títulos expedidos por otro Estado miembro tras finalizar formaciones parcialmente concomitantes. También consultó si, cuando el título ha sido expedido tras finalizar una formación a tiempo parcial, el Estado miembro de acogida puede comprobar que se haya respetado la condición de que la duración total, el nivel y la calidad de las formaciones a tiempo parcial no fueran inferiores a las de las formaciones a tiempo completo.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que los títulos universitarios obtenidos en el marco de formaciones cursadas a tiempo parcial de forma simultánea deben reconocerse automáticamente en todos los Estados miembros, si se cumplen las condiciones mínimas fijadas por el derecho de la Unión. Resolvió que corresponde al Estado miembro en el que se ha expedido el título velar por el respeto de tales condiciones.

1. En cuanto a las profesiones de médico y de odontólogo, la directiva articula un sistema de reconocimiento automático de títulos, basado en el cumplimiento de condiciones mínimas de formación fijadas de común acuerdo por los Estados miembros.

La directiva, por un lado, permite a los Estados miembros autorizar la formación a tiempo parcial, siempre y cuando la duración total, el nivel y la calidad no sean inferiores a las de las formaciones a tiempo completo, y, por otro lado, no se opone a que los Estados miembros autoricen la matriculación simultánea en más de una formación.

Por lo tanto, un Estado miembro cuya legislación establece la obligación de formación a tiempo completo y la prohibición de matricularse simultáneamente en dos formaciones debe reconocer de manera automática los títulos contemplados en la directiva y expedidos por otro Estado miembro, aunque el interesado haya seguido una formación a tiempo parcial o varios cursos simultáneamente, incluso con superposición de períodos. El único requisito es que se cumplan las exigencias de la directiva relativas a la formación.

2. El Estado miembro de origen, y no el de acogida, es responsable de velar por que la duración total, el nivel y la calidad de las formaciones a tiempo parcial no sean inferiores a las de las formaciones continuas a tiempo completo, y, en general, por que se respeten todas las exigencias impuestas por la directiva.

En efecto, el sistema de reconocimiento automático e incondicional de títulos de formación quedaría gravemente comprometido si los Estados miembros pudiesen cuestionar discrecionalmente los fundamentos de la decisión de la autoridad competente de otro Estado miembro respecto de los títulos expedidos.

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 el caso *Ministero della Salute c. Hanes Preindl*, asunto C-675/17, sentencia del 6-12-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208556&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&-dir=&occ=first&part=1&cid=1871241>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Transporte aéreo. Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Exención de la obligación de compensación. Circunstancias extraordinarias. Daño causado al neumático de una aeronave por un cuerpo extraño que se halla en la pista de un aeropuerto. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Wolfgang Pauels tomó un vuelo de la compañía Germanwings desde Dublín, Irlanda, hasta Düsseldorf, Alemania. El avión llegó a destino con tres horas y veintiocho minutos de retraso.

Pauels pidió una compensación por la demora, pero Germanwings rechazó el reclamo. Adujo que el vuelo se había retrasado debido al daño de un neumático de la aeronave por un tornillo que estaba en la pista, una circunstancia extraordinaria de acuerdo con el reglamento de la Unión sobre los derechos de los pasajeros aéreos (Reglamento 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de los vuelos). La empresa aseguró que esa circunstancia la eximía del deber de compensación establecido en el reglamento.

El Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania, que conoce del litigio, decidió plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para consultar si el daño causado al neumático de una aeronave por un tornillo que estaba en la pista constituía efectivamente una circunstancia extraordinaria.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que el transportista aéreo, en casos como este, solo debe compensar a los pasajeros si se demuestra que no ha empleado todos los medios disponibles para limitar el retraso del vuelo.

El transportista aéreo está exento de su obligación de compensar a los pasajeros si puede probar que la cancelación o el retraso de tres o más horas se deben a una circunstancia extraordinaria que no podría haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables que hubieran sido posibles. Además, debe demostrar que, en efecto, ha recurrido a todo el personal y empleado los medios económicos disponibles para evitar la cancelación o el retraso desmedido del vuelo. Pero no puede exigirse que la empresa tome medidas que excedan sus recursos.

Pueden calificarse de circunstancias extraordinarias, en el sentido del reglamento de la Unión sobre los derechos de los pasajeros aéreos, los acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo y escapen a su control.

El daño de un neumático provocado por un objeto extraño en la pista del aeropuerto no puede considerarse inherente, por su naturaleza o su origen, a la actividad del transportista aéreo, además de que resulta imprevisible. Por lo tanto, constituye una circunstancia extraordinaria en el sentido del reglamento de la Unión sobre los derechos de los pasajeros aéreos.

Para quedar exento de la obligación de compensación, el transportista aéreo debe probar también que ha empleado todos los recursos humanos y materiales como los medios económicos disponibles para evitar que la sustitución del neumático dañado provocara un retraso excesivo del vuelo. A este respecto, el Tribunal de Justicia indicó que los transportistas aéreos pueden disponer en todos los aeropuertos de contratos que garantizan que sus neumáticos sean sustituidos con celeridad.

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 Regional de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania, en el caso *Germanwings/Wolfgang Pauels*, asunto C-501/17, sentencia del 4-4-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212663&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9125152>.



Derecho de la Unión Europea. Recurso por incumplimiento. Incumplimiento de Estado. Recogida y tratamiento de las aguas residuales urbanas. Inejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declaró un incumplimiento. Sanciones pecuniarias. Multa coercitiva y suma a tanto alzado. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la Directiva de la Unión 91/271/CEE, sobre el tratamiento de aguas residuales urbanas, busca proteger el medio ambiente de los efectos negativos de los vertidos de aguas residuales urbanas (aguas domésticas y aguas residuales industriales). La directiva establece, entre otras cosas, que los Estados miembros se ocupen de que todas las aglomeraciones urbanas con más de 15 000 “equivalentes habitante” (este concepto es una unidad que corresponde a la contaminación diaria que produce un habitante en promedio) dispongan de sistemas

colectores para las aguas residuales urbanas a más tardar el 31 de diciembre de 2000. Además, antes de ser vertidas, las aguas residuales deben recibir un tratamiento.

Dado que varias aglomeraciones urbanas españolas con más de 15 000 equivalentes habitante no disponían ni de sistemas colectores ni de sistemas de tratamiento de las aguas residuales urbanas, la Comisión interpuso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) un recurso por incumplimiento contra España en 2010. En la sentencia C-343/10 de abril de 2011, el TJUE declaró que el Estado español había incumplido las obligaciones impuestas por la directiva, ya que no había recogido ni tratado las aguas residuales urbanas de diversas localidades.

En 2017, dado que España seguía sin cumplir la sentencia de 2011 respecto de diecisiete de las cuarenta y tres aglomeraciones urbanas en cuestión, la Comisión interpuso un nuevo recurso por incumplimiento. Solicitó al TJUE que se condenara a España a abonar una multa coercitiva de €171 217 por cada día de retraso, así como una suma a tanto alzado de €19 303 por cada día transcurrido entre la fecha en que se dictó la sentencia de 2011 y su plena ejecución.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenó a España a abonar una suma a tanto alzado de €12 millones y una multa coercitiva de €11 millones, aproximadamente, por cada semestre de retraso, debido a la demora en cumplir con la directiva sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas. Además, destacó que ya había declarado el incumplimiento por primera vez en 2011.

Cuando finalizó el plazo fijado por la Comisión para la ejecución de la sentencia, el 31 de julio de 2013, diecisiete de las cuarenta y tres aglomeraciones urbanas no disponían aún de sistemas colectores y de tratamiento de las aguas residuales urbanas. Por esa razón, el Tribunal impuso sanciones pecuniarias a España, en forma de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado.

En lo que atañe a la multa coercitiva, la inexistencia de sistemas colectores o de tratamiento de las aguas residuales urbanas o su insuficiencia pueden perjudicar el medio ambiente y deben considerarse incumplimientos graves. A pesar de los esfuerzos significativos que ha realizado España para reducir el número de aglomeraciones urbanas que no poseen sistemas colectores y de tratamiento de las aguas residuales urbanas (que actualmente son nueve), el TJUE consideró que el carácter especialmente prolongado de la infracción constituía una circunstancia agravante. En efecto, de acuerdo con la información facilitada por España, la plena ejecución de la sentencia no se producirá antes del 2019, lo que equivale a un retraso de dieciocho años en relación con el plazo de la directiva. Por otra parte, las dificultades jurídicas y económicas internas que España invocó para justificar su retraso en la ejecución de la sentencia no la eximen de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión.

A efectos del cálculo de la multa coercitiva, también se tuvo en cuenta que la infracción duró siete años a partir de la fecha en que se dictó la sentencia de 2011. Sin embargo, por los progresos de España en el cumplimiento de sus obligaciones, le impuso una multa coercitiva decreciente, fijada sobre una base semestral.

En lo que respecta al cálculo de la suma a tanto alzado, el número de aglomeraciones urbanas en cuestión y los numerosos procedimientos por incumplimiento iniciados contra España en este ámbito (sentencias del TJUE c. España: C-419/01, C-416/02, C-219/05 y C-38/15) justificaban la adopción de una medida disuasoria, para evitar que se repitan en el futuro infracciones análogas.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: el recurso por incumplimiento, dirigido contra un Estado miembro que ha incumplido sus obligaciones derivadas del derecho de la Unión, puede ser interpuesto por la Comisión o por otro Estado miembro. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que existe un incumplimiento, el Estado miembro debe ajustarse a lo dispuesto en la sentencia a la mayor brevedad posible. Si la Comisión considera que el Estado miembro ha incumplido la sentencia, puede interponer un nuevo recurso y solicitar que se le impongan sanciones pecuniarias. No obstante, en caso de que no se hayan comunicado a la Comisión las medidas tomadas para adaptar el derecho interno a una directiva, el Tribunal de Justicia, a propuesta de la Comisión, podrá imponer sanciones en la primera sentencia.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, recurso por incumplimiento en el caso *Comisión c. España*, asunto C-205/17, sentencia del 25-7-2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204404&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=535861>.



Derecho de los consumidores. Entrega de equipaje. Retraso. Resarcimiento. (Italia).

Antecedentes del caso: B. G. y C. C. R. demandaron ante el juez de paz de Bolonia al operador turístico Domina Vip Travel Srl. Alegaron haber comprado un paquete turístico organizado por el operador en una agencia de viajes local y exigieron el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de su equipaje y de que se hubieran visto obligados a anticipar su regreso.

El juez de paz acogió parcialmente la demanda. El Tribunal de Bolonia rechazó la apelación principal de B. G. y C. C. R. y acogió la apelación incidental interpuesta por Domina Vip Travel Srl para obtener la devolución de los importes pagados en cumplimiento de la sentencia de primera instancia.

B. G. y C. C. R. interpusieron un recurso ante la Corte de Casación contra la sentencia del Tribunal de Bolonia. Domina Vip Travel Srl lo impugnó y solicitó su rechazo.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia acogió el recurso interpuesto. Anuló la sentencia impugnada y reenvió las actuaciones al Tribunal de Bolonia para que un

nuevo magistrado volviera a examinar la controversia y liquidara las costas del juicio ante la Corte de Casación.

En virtud de lo establecido en el art. 360.3 del Código Procesal Civil (CPC), en el primer motivo de recurso los recurrentes se agraviaron de la violación de los arts. 1175 y 1375 del Código Civil (CC) en relación con los deberes de corrección y buena fe en la ejecución del contrato, así como de los decretos legislativos n.º 206/2005 y 111/1995, y de la ley n.º 1084/1977, que ratificó el Convenio Internacional de Bruselas sobre contratos de viaje. Asimismo, en el segundo motivo de recurso y en virtud de lo establecido en el art. 350.5 CPC, se agraviaron de la omisión de un hecho decisivo en el juicio y objeto de discusión entre las partes, a saber, las consecuencias de la pérdida del equipaje.

Ambos motivos son fundados y deben ser examinados conjuntamente.

En el momento de los hechos, la regulación en materia de paquetes turísticos estaba lo suficientemente desarrollada en el Decreto Legislativo n.º 111/1995, que fue sancionado en aplicación de la Directiva 90/314/CEE, entró en vigor el 23 de octubre de 2005 y fue derogado posteriormente por el Decreto Legislativo n.º 206/2005.

El “contrato de viaje” está reglamentado por la ley n.º 1084/1977, invocada por el Tribunal de Bolonia, que ratifica y ejecuta el Convenio Internacional de Bruselas. Además, se considera relevante en este caso el Decreto Legislativo n.º 111/1995, relativo al comercio, que reglamenta el fenómeno cada vez más frecuente del viaje todo incluido. La normativa establece que los viajes de este tipo deben satisfacer una finalidad recreativa y determina la importancia de las actividades y los servicios ofrecidos para cumplir con el objetivo turístico.

En consecuencia, el objeto de la controversia —circunscripto a la solicitud de resarcimiento del daño sufrido globalmente por los recurrentes en razón del retraso con el que les fue devuelto el equipaje por la compañía aérea de la que se había valido el operador turístico— debe vincularse con la aplicación del art. 14.2 del Decreto Legislativo n.º 111/1995 que, ante la falta de un exacto cumplimiento de la totalidad de la prestación adquirida, prevé que la “organización o el vendedor que se vale de otros prestadores de servicios deberá de todas formas resarcir el daño sufrido por el consumidor, sin perjuicio del derecho a presentar un reclamo contra dichos prestadores”.

En un caso análogo, la Corte sostuvo que, según lo establecido en el art. 14 del Decreto Legislativo n.º 111/1995, aplicable a las relaciones surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 206/2005 (Código de Consumo), el organizador o vendedor de un paquete turístico está obligado a resarcir cualquier daño sufrido por el consumidor, incluso cuando la responsabilidad sea imputable exclusivamente a otros prestadores de servicios (en este caso, la compañía aérea), contra los que también puede presentar un reclamo. Además, está claro que tanto el vendedor como el organizador de los viajes todo incluido responden ante el daño sufrido por el turista como consecuencia del hecho ilícito de terceros de cuya operación se hayan valido para brindar la prestación, no a título de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino en virtud de la mera asunción jurídica del riesgo por los daños que pueda sufrir quien contrata el servicio.

La Corte precisó que la exención de responsabilidad prevista en el art. 17.1 del Decreto Legislativo n.º 111/1995 no es aplicable a los casos en que el incumplimiento que provocó el daño provenga de otros prestadores de servicios implicados en la organización, debido a que la norma solo se refiere literalmente a las hipótesis establecidas en los anteriores arts. 15 y 16 y a “lo hecho por un tercero”, a saber, un individuo completamente ajeno a la programación del paquete turístico.

El Tribunal de Bolonia, que se remitió solamente a la normativa referente a los contratos de viaje sin tener en cuenta las regulaciones vigentes en la materia específica, descartó cualquier responsabilidad del organizador/vendedor y sostuvo que la diligencia constatada en su conducta lo eximía de la obligación resarcitoria. De esta manera, por un lado, ignoró la normativa específica del Decreto Legislativo n.º 111/1995 y, por el otro, no evaluó la gravedad y tolerabilidad del incumplimiento y de las consecuencias sufridas por los recurrentes, incluso en relación con el cumplimiento del fin recreativo estipulado en el contrato.

El segundo motivo de recurso también resulta fundado. En efecto, no ha sido examinado el malestar y la repercusión negativa que tuvo la pérdida del equipaje —encontrado quince días más tarde de cuando debía ser entregado— en la prosecución del período de vacaciones que los recurrentes habían organizado en otra localidad.

En conclusión, la Corte consideró que el recurso debe ser acogido y la sentencia anulada. Decidió que las actuaciones fueran reenviadas al Tribunal de Bolonia, para que un nuevo magistrado examine nuevamente la controversia de conformidad con lo establecido en el art. 14 del Decreto Legislativo n.º 111/1995, sancionado en aplicación de la Directiva n.º 90/314/CEE y aplicable a las relaciones surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 2016/2005 (Código de Consumo). Según la normativa, el organizador o vendedor de un paquete turístico está obligado a resarcir cualquier daño sufrido por el consumidor, incluso cuando la responsabilidad sea imputable exclusivamente a otros prestadores de servicios, sin perjuicio del derecho a presentar un reclamo contra ellos.

Según lo previsto expresamente en aplicación de la Directiva n.º 90/314/CEE, este constituye uno de los casos previstos por la ley en los que, de conformidad con el art. 2059 CC, el daño no patrimonial es resarcible. Le corresponde al juez de instancia evaluar la demanda de resarcimiento por daño no patrimonial de los turistas cuyas vacaciones se vieron afectadas, con base en los preceptos generales de corrección y buena fe y en la evaluación de la importancia del perjuicio, fundada sobre la armonización del principio de tolerancia de las lesiones mínimas y de la situación concreta de las partes.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 17724 del 6-7-2018, en <https://www.altalex.com/massimario/cassazione-civile/2018/17724/turismo-danni-in-materia-civile-e-penale-liquidazione-e>.



Derecho del trabajo. Despido de una trabajadora que padece cáncer de útero. Perspectiva de género. Despido por razón de discapacidad. Despido por razón de enfermedad. (España).

Antecedentes del caso: en abril de 2017, una mujer comenzó a trabajar como moza para Albus Sanluis S. L. El 6 de mayo de 2018, en una guardia hospitalaria, le practicaron una biopsia y le diagnosticaron cáncer de útero. Ese mismo día comunicó el parte médico a la empresa, y permaneció internada hasta el 8 de mayo. Dos días después presentó un certificado médico que prescribía una licencia por 68 días. La empresa manifestó que lamentaba mucho su situación pero que no podía sostener la licencia, y la despidió con efectos al 15 de mayo de 2018. Si bien se celebró una conciliación, no se llegó a un acuerdo.

La accionante demandó a Albus Sanluis S. L. y solicitó que su despido fuera declarado nulo o, subsidiariamente, improcedente.

El Juzgado de lo Social 3 de Santander desestimó la nulidad y declaró improcedente el despido. Condenó a la empresa a que decidiera si readmitía a la demandante en las condiciones anteriores al despido y sin derecho a salarios de tramitación, o si la indemnizaba con €1469,16.

La accionante interpuso un recurso de suplicación y solicitó que se declarase la nulidad del despido.

Sentencia: la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria revocó la sentencia recurrida y declaró la nulidad del despido. Condenó a Albus Sanluis S. L. a readmitir inmediatamente a la trabajadora en las mismas condiciones laborales que tenía antes del despido y a pagarle los salarios de tramitación hasta la efectiva readmisión, excepto en los periodos de incapacidad temporal.

1. La recurrente solicitó la nulidad del despido. Invocó el art. 55.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET); los arts. 108.2 y 183 de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social (LRJS); los arts. 10 , 14 , 24 , 31 y 43 de la Constitución española (CE); el art. 6 del Convenio 158 de la OIT; el art. 2.2.b de la Directiva 2000/78 y el art. 6.1 de la Carta Social Europea. Alegó que el despido debía ser declarado nulo por haber recibido un trato discriminatorio como persona con discapacidad. Además, aludió a su condición de mujer y al hecho de padecer una enfermedad grave y duradera propia del género femenino. Consideró que correspondía anular el despido porque no existía un motivo suficiente para interrumpir la relación laboral durante el periodo de licencia.

La empresa alegó que era imposible equiparar la situación de la trabajadora a la discapacidad.

2. El despido de un trabajador por razón de discapacidad no es equivalente al despido por razón de enfermedad. Es preciso distinguir ambos conceptos, pues el marco jurídico que los regula difiere en cada caso.

En cuanto a la prohibición de discriminación, las personas con discapacidad, como grupo vulnerable, han sido y son objeto de discriminación y de trato desigual.

Por esa razón, la discapacidad, como motivo específico de discriminación, está tipificada en diversos instrumentos internacionales y supranacionales.

3. De acuerdo con la normativa española, el despido de un trabajador por razón de enfermedad puede afectar diversos derechos y principios constitucionales (vgr., el art. 14 CE, prohibición de discriminación; el art. 15 CE, derecho a la integridad física, y el art. 43 CE, principio rector de protección de la salud). Si bien la salud no goza de la condición de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español, está vinculada en ciertos supuestos con la integridad física del art. 15 CE.

De acuerdo con los precedentes STC 62/2007 y 160/2007, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal está comprendido en el derecho a la integridad personal. Una determinada actuación u omisión de la empleadora podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud del trabajador y podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo cierto, o potencial pero justificado *ad casum*, de un perjuicio para la salud.

En este sentido, la sentencia del 31 de enero de 2011 (rec. 1532/2011) ha admitido que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico durante el período de licencia médica pone en riesgo la salud y afecta el derecho a la integridad física.

4. El Tribunal citó al respecto la normativa comunitaria: el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen la autonomía, la integración social y profesional y la participación en la vida de la comunidad; el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita a la Unión para adoptar medidas contra la discriminación por motivos de discapacidad; la Directiva 2000/78/CE regula el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y, finalmente, mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, la Unión Europea adhiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad.

También, dentro de la doctrina comunitaria sobre la cuestión, citó los asuntos Chacón Navas (C 13/05), Ring (C 335/11 y 337/11), Daouidi (C 345/15) y Ruiz Conejero (C 270/16).

5. La sentencia del Tribunal Superior del 3 de mayo de 2016 (rec. 3348/2014) no consideró discriminatorio el despido por enfermedad de una trabajadora que había sufrido un latigazo cervical un accidente de tráfico, la empleada inició un proceso de incapacidad temporal, y fue despedida días después. En ese caso, se constató que el despido ocurrió el mismo día en que fueron despedidas otras cuatro trabajadoras con incapacidad temporal, de un total de nueve que realizaban tareas similares, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio. El Tribunal argumentó que, en ese caso, la enfermedad no había sido causa de segregación o estigmatización de quien la padecía, sino, al contrario, que la empresa había tenido en cuenta que la trabajadora y sus compañeras no eran aptas para desarrollar su trabajo. La causa del despido no fue la mera existencia de la enfermedad, sino su incidencia en la productividad y en la continuidad del servicio.

Por otra parte, la sentencia del 15 de marzo de 2018 (rec. 2766/2016) rechazó la nulidad del despido de una trabajadora que había estado en situación de incapacidad temporal con diagnóstico de trastorno depresivo grave recurrente desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, en que agotó el plazo máximo de incapacidad. Cuando llevaba más de nueve meses de licencia, el 31 de julio de 2015, fue despedida disciplinariamente por haber tenido un rendimiento laboral inferior al acordado, ya que solo prestó servicios en forma efectiva durante 164 de los 453 días en que estuvo en relación de dependencia. El Tribunal Superior explicó que la falta de justificación del despido disciplinario era evidente porque la trabajadora no había incumplido con sus responsabilidades cuando su ausencia estaba amparada por una incapacidad temporal. El Tribunal insistió en la distinción entre licencia por enfermedad y por discapacidad: la segunda supone una limitación en la participación plena y efectiva en la vida profesional, en tanto la primera es una simple baja por enfermedad. Denegó la nulidad del despido con base en que en la fecha del despido no se había agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, y en que no existía ninguna resolución acerca de una situación duradera de futuro. Por ello, no se trataba de una licencia por discapacidad, sino por enfermedad.

6. De los antecedentes expuestos en el caso, el Tribunal dedujo que no se trataba de una mera enfermedad, sino de una discapacidad.

La accionante padecía un cáncer de útero, que ocasiona una limitación duradera, sin plazo de finalización. Su tratamiento puede conllevar cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, que se prolonguen en el tiempo e impidan la actividad laboral plena y efectiva.

El Tribunal concluyó que, en el momento del despido, la demandante estaba en una situación de discapacidad según la Directiva 2000/78/CE del Consejo.

Por otro lado, evaluó que, dado que se trataba de una patología femenina, se imponía analizar la cuestión desde una perspectiva de género.

Los indicios aportados por la trabajadora acerca de un trato discriminatorio no han podido ser refutados por la empresa.

El Tribunal declaró que el despido era discriminatorio y, por ende, nulo.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA, Sala de lo Social, recurso de suplicación interpuesto por Araceli c. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 3 de Santander, sentencia 45/2019 del 18-1-2019, en <https://app.vlex.com/#vid/766540945>.



Derecho del trabajo. Licencia por maternidad. Derecho a un permiso parental. (España).

Antecedentes del caso: el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, España, había rechazado conceder a un magistrado una licencia por maternidad de dieciséis semanas por el nacimiento de su hija. Argumentó que no existía una disposición legal o reglamentaria al respecto. El magistrado interpuso un recurso de alzada contra la decisión.

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial estimó parcialmente el recurso y le concedió una licencia por parto de diez semanas. El magistrado interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo e insistió en pedir una licencia de dieciséis semanas. En ese momento, el recurrente tenía cargo de juez y la madre de la niña ejercía como abogada particular.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España estimó el recurso contencioso-administrativo. Anuló el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial que había rechazado la extensión de la licencia a dieciséis semanas. En su lugar, reconoció el derecho a la licencia por maternidad de dieciséis semanas. Decidió también que se incluyera en la licencia el tiempo que el recurrente hubiera estado en situación de excedencia voluntaria para cuidar a su hija.

1. La Comisión Permanente había estimado parcialmente la pretensión del recurrente, pero le había negado el derecho a una licencia por maternidad de dieciséis semanas. En cambio, sí le había reconocido “el derecho a disfrutar de las diez semanas de permiso por parto que tanto el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) como el art. 49 a) del Estatuto Básico del Empleado Público y el art. 218.2 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial permiten ceder al disfrute paterno; imputándose todo el tiempo que el magistrado recurrente haya estado en excedencia voluntaria para cuidado de la menor a la licencia por maternidad concedida, con el límite de las diez semanas de duración máxima del disfrute por cesión, y a todos los efectos retributivos y legales”. Sin embargo, no autorizó la extensión hasta dieciséis semanas dado que consideró que su pareja y madre de la niña tenía derecho a prestaciones de acuerdo con su actividad profesional ya que era afiliada del Plan Universal de la Mutualidad de la Abogacía, que contempla la garantía de maternidad y lactancia dentro de la cobertura por incapacidad temporal, por lo que tenía derecho a percibir una indemnización en un pago único.

El recurrente insistió en que se le concediera en forma íntegra el derecho a disfrutar de un permiso de dieciséis semanas. La única cuestión en litigio era si, en lugar de las diez semanas de permiso por parto ya reconocidas, le correspondían dieciséis semanas de licencia por maternidad.

2. El Reglamento 2/2011 establece el régimen de licencias para la carrera judicial. Prevé que, en caso de parto, las juezas tienen derecho a una licencia de dieciséis semanas ininterrumpidas. Además, es posible distribuir libremente el período de licencia con el otro progenitor, siempre que reserven para sí las seis semanas posteriores al parto a los fines de lograr su recuperación física. El reglamento

no contempla un caso como este, en el que el padre pertenece a la carrera judicial y la madre, que trabaja por cuenta propia, no tiene derecho a suspender su actividad laboral ni a un período de descanso por maternidad.

La solicitud no podía denegarse por una falta de previsión reglamentaria. La Comisión Permanente, por su parte, interpretó correctamente el reglamento, de acuerdo con diversas directivas de la Unión Europea, y buscó lograr una conciliación adecuada de la vida familiar y personal. Sin embargo, la interpretación no debió limitar el permiso a diez semanas.

La Comisión Permanente ha entendido que la madre de la niña tenía “derecho a maternidad con prestaciones de acuerdo con las normas que regulan su actividad profesional”, y que la protección que recibiría cubría la “ausencia de rentas durante el período mínimo indispensable para su recuperación biológica”. Pero el Tribunal no encontró ningún dato que indicara cuál era la cantidad que la madre debía percibir de la Mutualidad General de la Abogacía, ni pudo valorar si era suficiente de acuerdo a los fines que la norma tuvo en mira. El certificado expedido por la Mutualidad General de la Abogacía demostró que el Plan Universal no incluía la protección por maternidad de dieciséis semanas retribuidas ni el periodo de lactancia, aunque sí contemplaba la garantía de maternidad y lactancia con una indemnización económica de pago único. Esa indemnización comprendía tanto al parto como a la lactancia. Por eso, no cubría solo la ausencia de rentas durante el periodo mínimo indispensable para la recuperación biológica posparto, como sostenía la Comisión.

3. El acuerdo de la Comisión Permanente era contradictorio. Por una parte, consideró que el pago único a la madre no era equiparable al “pago por prestaciones” porque solo protegía la recuperación biológica pero no garantizaba las demás funciones propias de la licencia por parto. Sin embargo, por otra parte, sostuvo que ese pago único sí era un “derecho a prestaciones” que obligaba a rechazar la aplicación analógica del art. 48.4, 3.º ET y el derecho del padre a las seis semanas adicionales.

4. La madre de la niña no tiene “derecho a prestaciones”. Un pago único no puede atribuirse a un periodo concreto del proceso de parto y lactancia, que no tiene duración, y, por ello, queda fuera de la exclusión que establece el art. 3.4 del Real Decreto 295/2009, que habla de subsidios vinculados a periodos.

Por otra parte, el pago único no ha permitido a la madre suspender su actividad profesional, por lo que sí es factible la aplicación analógica a la petición del art. 48.4, 3.º ET y conceder lo solicitado al demandante por las mismas razones por las que se le han reconocido las diez semanas en la resolución impugnada. Como la madre no ha interrumpido sus tareas laborales ni ha iniciado ningún periodo de descanso, es conveniente que el padre disfrute un período de descanso en beneficio de la menor.

Dada la naturaleza compleja del permiso parental, un simple pago único no supone doble pago o duplicación de prestaciones, que es lo que trata de evitar la resolución recurrida. Resulta obvio que el permiso parental tiene una significación muy distinta para los progenitores, para el cuidado del menor y para el propio interés general, y no implica tan solo recibir una cantidad por gastos de maternidad y lactancia.

5. Por lo dicho, la Sala estimó el recurso, anuló el acuerdo recurrido y reconoció el derecho del recurrente a disfrutar de dieciséis semanas de licencia por el nacimiento de su hija.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala de lo Contencioso, Sede Madrid, recurso contencioso-administrativo 2/183/2017, interpuesto por Carlos José, contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial del 29-12-2016, sentencia 1109/2018, del 28-6-2018, en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocumento/5583f147ce219f36>.



Derecho Penal. Estupefacientes. Pena mínima. (Italia).

Antecedentes del caso: la Corte de Apelaciones de Trieste planteó la inconstitucionalidad del art. 73.1 del Decreto Presidencial n.º 309/1990 (Texto único de las leyes sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, cura y rehabilitación de los estados de toxicodependencia), por resultar violatorio de los arts. 3, 25 y 27 de la Constitución, en cuanto, por efecto de la sentencia n.º 32/2014 de la Corte Constitucional, prevé una pena mínima de ocho años de prisión en lugar de la de seis años prevista por el art. 4.bis del Decreto Ley n.º 272/2005, convalidado, con modificaciones, por la Ley n.º 49/2006.

El planteo surgió en el contexto de un juicio por tenencia de estupefacientes. Alrededor de cien gramos de cocaína fueron ocultados en el interior de tres condensadores para computadoras, dentro de un paquete proveniente de Argentina.

La norma impugnada dispone una pena mínima de ocho años de prisión en casos “no leves” de cultivo, producción, fabricación, extracción, refinado, venta, oferta o venta, cesión o recepción a cualquier título, distribución, comercio, adquisición, transporte, exportación, importación, obtención para otros, paso o envío en tránsito, entrega para cualquier uso y tenencia ilegal sin la autorización que dispone el art. 17, y fuera de las hipótesis previstas en el art. 75 (casos para uso personal), de sustancias estupefacientes o psicotrópicas descritas en las tablas I y III del art. 14 (drogas “pesadas”) del decreto presidencial.

La Corte de Apelaciones de Trieste sostuvo que la pena mínima de prisión de ocho años en lugar de seis vulnera, ante todo, el art. 25 de la Constitución, dado que el tratamiento sancionatorio vigente habría sido introducido en el ordenamiento como consecuencia de la sentencia n.º 32/2014 de la Corte Constitucional. Además, vulnera el principio de reserva de ley en materia penal, según el cual las intervenciones orientadas a endurecer las sanciones son monopolio exclusivo del legislador y no queda margen de acción para las sentencias manipulativas (*cfr.* nota de la Oficina) de la Corte Constitucional.

En segundo lugar, la Corte de Apelaciones de Trieste denunció una violación del art. 3 de la Constitución, en cuanto consideró que la disposición impugnada establecía un tratamiento sancionatorio irrazonable, habida cuenta de que, pese a que no siempre es neta la distinción entre el delito “ordinario”, previsto en la disposición impugnada, y el “carácter leve”, previsto en el art. 73.5 del mismo decreto presidencial. Sin embargo, la “frontera sancionatoria” de una y otra incriminación resulta excesiva e irrazonable, dado que transcurren cuatro años de pena de prisión entre el mínimo de una y el máximo de la otra.

Finalmente, el juez *a quo* sostuvo que la irrazonabilidad resulta contraria a los arts. 3 y 27 de la Constitución, dado que la previsión de una pena injustificadamente dura y desproporcionada en relación con la gravedad del hecho perjudica su función reeducativa.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 73.1 del Decreto Presidencial n.º 309/1990, en cuanto prevé una pena mínima de prisión de ocho años en lugar de seis.

La Corte Constitucional señaló que la separación de cuatro años existente entre la pena mínima prevista en el inciso 1.º del artículo 73 del decreto presidencial y la pena máxima prevista en su inciso 5.º ha determinado una anomalía sancionatoria como consecuencia de una evolución legislativa y jurisprudencial que la Corte consideró necesario revisar.

La formulación original del art. 73 del decreto presidencial establecía una diferencia en el tratamiento sancionatorio de los delitos por drogas duras y aquellos por drogas blandas. A su vez, el inciso 5.º del decreto establecía una atenuante llamada autónoma o independiente que castigaba con reclusión de uno a seis años los hechos vinculados con drogas duras, y de seis meses a cuatro años aquellos relativos a drogas blandas, además de las correspondientes sanciones pecuniarias.

El art. 4 del Decreto Legislativo n.º 272/2005 (que la sentencia n.º 32/2014 de la Corte Constitucional declaró inconstitucional) había suprimido la distinción fundada en el tipo de sustancia estupefaciente: imponía una pena de prisión de seis a veinte años y una multa por los hechos graves y una pena de prisión de uno a seis años, además de una multa, en casos en que fuese aplicable la atenuante del hecho leve.

El art. 2.1, letra a, del Decreto Ley n.º 146/2013 (Medidas urgentes de protección de los derechos fundamentales de los detenidos y de reducción controlada de la población carcelaria), convalidado con modificaciones por la Ley n.º 10/2014, sustituyó el inc. 5.º del art. 73 del decreto presidencial. Se transformó la circunstancia atenuante del hecho leve en un caso autónomo de delito y se redujo el límite máximo aplicable de la pena, de seis a cinco años de reclusión. La modificación no fue enmendada por la sentencia n.º 32/2014 de la Corte Constitucional, luego de la cual retomaron su vigencia las disposiciones originales del art. 73.

Por último, el legislador volvió sobre el asunto mediante el Decreto Legislativo n.º 36/2014, convalidado con modificaciones por la Ley n.º 79/2014, que, entre otras cosas, mediante el art. 1.24 *ter*, letra a., disminuyó ulteriormente el máximo de la pena prevista por hechos leves a cuatro años de reclusión y una multa.

Como consecuencia de esta estratificación de intervenciones legislativas y jurisprudenciales, se ha producido una profunda distancia entre el tratamiento sancionatorio del hecho grave del leve, que el legislador no ha subsanado pese a los graves inconvenientes de aplicación que ella puede acarrear, tal como ha observado la Corte Constitucional en decisiones previas sobre la materia.

Aun cuando, según la orientación de la Corte de Casación, los delitos de carácter leve pueden ser reconocidos solo en la hipótesis de mínima ofensividad penal de la conducta deducible de los datos cualitativos y cuantitativos o de otros parámetros previstos en la normativa, es indudable que muchos casos se ubican en una zona gris, en el límite entre ambos tipos de delito. Por ello, resulta injustificable la continuidad de un hiato sancionatorio tan amplio y evidentemente desproporcionado, si se considera que el mínimo del hecho grave es igual al doble del máximo previsto del hecho leve. La amplitud de la distancia sancionatoria condiciona inevitablemente la evaluación global que el juez de instancia debe realizar para comprobar el carácter leve del hecho, con el riesgo de dar lugar a desigualdades punitivas. De ello resulta una violación de los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad previstos en el art. 3 de la Constitución, así como del principio de reeducación de la pena previsto en su art. 27. En efecto, cuando las penas impuestas resultan manifiestamente desproporcionadas en relación con la gravedad del delito, surge una contradicción con los arts. 3 y 27 de la Constitución, dado que una pena no proporcional a la gravedad del hecho se convierte en un obstáculo para su función reeducativa. Los arts. 3 y 27 de la Constitución exigen limitar la privación de la libertad y el sufrimiento infligido a la persona al mínimo necesario, con el fin de favorecer su recuperación, reparación, reconciliación y la progresiva reinserción armónica de la persona en la sociedad, que constituye en esencia la finalidad reeducativa de la pena. El cumplimiento de una pena objetivamente desproporcionada en relación con la gravedad del hecho, percibida como injusta e inútilmente vejatoria e inadecuada para la finalidad reeducativa hacia la que debe tender, resulta un impedimento para alcanzar ese objetivo, establecido por los principios constitucionales.

El legislador ha indicado en varias ocasiones que la pena de seis años es una medida adecuada para los casos de difícil clasificación, que, en el complejo y articulado sistema punitivo de los delitos vinculados con el tráfico de estupefacientes, se ubican en las categorías inferiores de los delitos más graves, o en las categorías superiores de los delitos menos graves. En este contexto, a fin de remediar los vicios de inconstitucionalidad denunciados, resulta apropiada la solicitud de reducción a seis años de prisión de la pena mínima por hechos graves dispuesta en el art. 73 del decreto presidencial.

La Corte señaló que, dado que la medida sancionatoria indicada no constituye una opción constitucionalmente obligada, está sujeta a una apreciación distinta por parte del legislador, siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: En las sentencias manipulativas la Corte Constitucional de Italia procede a una modificación o a una integración de las disposiciones cuestionadas. En este ámbito, es posible distinguir entre las sentencias de admisión parcial, las sentencias aditivas y las sentencias sustitutivas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 40, del 23-1-2019, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.



Derecho penal. Penas crueles, inhumanas y degradantes. Pena de muerte: rol y potestad del Estado en la elección de los procedimientos de ejecución. Derecho del condenado a no padecer mayor sufrimiento más allá de lo que la propia pena acarrea. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: la VIII Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohíbe métodos de pena de muerte que sean crueles o inusuales. En el caso *Baze v. Rees* (553 U.S. 35 -2008-), la pluralidad de la Corte había considerado que la negativa del estado de Missouri a modificar su protocolo de ejecución de la pena capital solo podía vulnerar la VIII Enmienda si, previamente a la ejecución, el condenado hubiera propuesto un procedimiento alternativo viable y de fácil de implementación que pudiera reducir significativamente un riesgo sustancial de dolor severo (Id., p. 52). La mayoría de la Corte mantuvo la decisión del precedente *Baze* (ver *Glossip v. Gross*, 576 U.S. -2015-).

Russell Bucklew fue condenado a pena de muerte por homicidio. El estado de Missouri estipuló ejecutarlo con una inyección de pentobarbital. Bucklew se opuso y planteó una impugnación *as applied* de la aplicación del protocolo de administración de la inyección letal del estado. Alegó que, independientemente que la inyección pudiera causar un dolor insoportable para cualquier persona, le provocaría un dolor severo debido a su particular condición de salud.

El Tribunal de Primera Instancia rechazó la impugnación.

La Cámara Federal de Apelación aplicó el criterio de *Baze* y *Glossip* y devolvió el expediente a fin de permitirle a Bucklew optar por un procedimiento alternativo que redujera su supuesto riesgo de dolor. Bucklew propuso la hipoxia por nitrógeno, pero el tribunal de primera instancia lo consideró inadecuado e hizo lugar al pedido del estado de Missouri de llevar adelante un proceso sumario.

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

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos confirmó el fallo.

Los precedentes *Baze* y *Glossip* contemplan todas las impugnaciones a la VIII Enmienda, ya sea *facial* o *as applied*, pues manifiestan que un método de ejecución puede infligir un dolor cruel, lo que está prohibido por la Constitución.

Si bien la VIII Enmienda prohíbe métodos “cruels e inusuales” de pena de muerte, no garantiza que la persona condenada no sufra dolor (ver *Glossip*

-2015-). Según la interpretación anterior a esta jurisprudencia, la VIII Enmienda autorizaba métodos de ejecución como el estrangulamiento, que implicaban un riesgo significativo de dolor, al tiempo que solo prohibía, por considerarlos crueles, aquellos métodos que intensificaban la pena por provocar mayor terror, dolor o deshonra. A fin de determinar que el método de ejecución escogido por un estado excede de modo cruel el dolor que provoca la pena de muerte, la persona condenada debe demostrar, por un lado, la existencia de un método alternativo de fácil implementación que reduzca significativamente el riesgo concreto de dolor severo y, por el otro, que el estado se negó a adoptarlo sin una razón penal legítima que lo justifique (ver *Baze*, 553 U.S., p. 52; *Glossip*, 576 U.S.). El caso *Glossip* no dejó lugar a dudas de que este estándar debe regir para todas las demandas relativas a los métodos de ejecución de la VIII Enmienda. Tanto en *Baze* como en *Glossip*, la Corte reconoció que la Constitución concede a los estados la facultad de elegir los procedimientos de ejecución de la pena y no autoriza a los tribunales a actuar como órganos de investigación encargados de determinar las prácticas más apropiadas para las ejecuciones (ver *Baze*, 553 U.S., p. 51/52). Los antecedentes tampoco sugieren que los métodos de ejecución tradicionales se tornen inexorablemente inconstitucionales tan pronto como se encuentre un método que provoque menos dolor.

Bucklew alegó que los métodos que constituyen un riesgo concreto de sufrimiento grave deberían ser considerados categóricamente crueles si son aplicados a un condenado con una condición médica particular. Ese argumento queda excluido por la jurisprudencia de la Corte Suprema. La distinción entre los grados de dolor admisibles e inadmisibles según la Constitución es necesariamente un ejercicio comparativo, como sostuvo la Corte en *Glossip*. Por lo tanto, identificar una alternativa viable conforma un requerimiento de todas las demandas que versan sobre métodos de ejecución de la VIII Enmienda en las que se aduce un dolor cruel. Además, el argumento de Bucklew no se condice con la interpretación original e histórica de la VIII Enmienda sobre la que *Baze* y *Glossip* se fundan: cuando se trata de establecer si una pena cruel es inconstitucional, el derecho siempre ha evaluado si la pena produce un dolor mayor del necesario para ejecutar una pena de muerte. El análisis requiere comparar las alternativas disponibles, y no un ejercicio abstracto de clasificación categórica. El significado sustancial de la VIII Enmienda no cambia de acuerdo con cuán amplia sea la propuesta del accionante. Además, es poco probable que un condenado que se encuentre frente a un riesgo serio de dolor sea incapaz de identificar una alternativa viable.

La modalidad de ejecución de la pena de muerte propuesta por Bucklew no satisfizo el escrutinio de los precedentes *Baze* y *Glossip* por dos razones.

Primero, el condenado debe demostrar que la propuesta de su método alternativo no solo es factible teóricamente sino también de fácil implementación (*Glossip*, 576 U.S.). Esto significa que la propuesta del condenado debe ser lo suficientemente detallada como para permitir considerar que el estado podría llevarla a cabo de manera relativamente fácil y razonablemente rápida. La propuesta de Bucklew está muy por debajo del umbral exigido. No presentó ninguna evidencia acerca de

cuestiones esenciales para la implementación del método escogido; simplemente presentó informes de autoridades correccionales de otros estados que recomendaban realizar estudios adicionales para elaborar un protocolo de implementación de la hipoxia por nitrógeno.

Segundo, al estado le asistía una razón legítima para negarse a cambiar el método de ejecución vigente como si fuera una cuestión de derecho (ver *Baze*, 553 U.S., p. 52). En otros términos, podía optar por no experimentar un método de ejecución de la pena no probado ni verificado (ver *id.*, p. 41).

Aun si la hipoxia por nitrógeno fuese una alternativa viable, ninguno de los argumentos de Bucklew demostró que pudiera reducir significativamente el riesgo concreto de dolor severo. La afirmación de que el estado puede implementar procedimientos dolorosos para administrar la inyección letal (como obligarlo a asumir posturas corporales) que podrían afectar su respiración antes de que sea aplicada la inyección, se basa en especulaciones insostenibles, incluso contradictorias, según surge del expediente. El accionante tuvo oportunidad suficiente de investigar otras alternativas viables y desarrollar un registro relativo a los procedimientos de ejecución previstos por el estado. Además, Bucklew sostuvo que, si bien cualquiera de los dos métodos lo asfixiaría durante cierto tiempo antes de inducirlo en un estado de inconsciencia total, el lapso será más breve con el uso de nitrógeno que con pentobarbital. No obstante, nada en el expediente sugiere que el condenado pueda experimentar dolor por mucho más tiempo después de recibir pentobarbital de lo que lo haría después de recibir la dosis de nitrógeno. Su pedido estuvo basado en el testimonio de un experto que se fundó en un estudio sobre la eutanasia en caballos, pero la Corte Suprema concluyó que el estudio no fue interpretado correctamente por el experto.

Notas de la Oficina de Referencia Extranjera: 1) En el régimen jurídico de los Estados Unidos existen dos métodos o formas de impugnación de las leyes, a saber, *facial challenge* y *as applied challenge*. *Facial challenge* constituye la herramienta legal que permite solicitar a quien viera lesionados sus derechos por las disposiciones de una norma recientemente sancionada, la declaración de inconstitucionalidad de esa ley en su totalidad, es decir, en todos sus términos. En general, este pedido de impugnación se interpone inmediatamente después de la sanción de la ley, por lo que no es un requisito de admisibilidad que haya sido aplicada a un caso concreto. El tribunal que conceda este pedido declarará a la norma inválida en su totalidad y en abstracto, y el efecto que producirá esa declaración es prospectivo. En los casos de la I Enmienda, se establece otra clase de *facial challenge* relacionado con la doctrina *overbreadth* concerniente a la amplitud excesiva del alcance de las leyes y a su determinación. En especial, si la ley trata sobre la conducta y el discurso constitucionalmente protegidos y la extensión de su alcance presenta cierta vaguedad, el efecto de su regulación es demasiado amplio y, por lo tanto, será declarada íntegramente inconstitucional. Por contraposición, el pedido *as applied challenge* se interpone ante la aplicación efectiva de una disposición legal cuya constitucionalidad se cuestiona en relación con un caso concreto. La autoridad que haga lugar a este pedido de impugnación declarará la invalidez solo de aquella disposición dentro de la ley que considera contraria a la constitución y el efecto que producirá su resolución será retroactivo solamente para ese caso en particular y, por lo tanto, más restringido y acotado. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que la concesión de los pedidos de

impugnación *facial challenge* que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la ley en su totalidad debe ser excepcional, ya que este sistema puede prestarse a ciertas especulaciones. 2) En ciertos sistemas legales, se denomina “fallo plural” a la resolución judicial que se dicta por pluralidad ante la falta de adhesión de la mayoría de los integrantes del tribunal al voto emitido por uno de ellos. Consiste en el voto concurrente de la mayoría que, a su vez, no supera a la mitad de los integrantes del mismo tribunal. Esta decisión se redacta solo cuando dicha mayoría adhiere a los considerandos que llevaron a tomar esa decisión. Por ejemplo, en un tribunal de doce miembros, siete jueces consideran que a la parte actora le asiste la razón en su reclamo, pero solo cuatro de ellos están de acuerdo con el razonamiento que conduce a tal decisión. Así, el “fallo plural” no recibe el acuerdo de más de la mitad de los jueces que integran el tribunal pero sí está conformado por el voto que recibió más adhesiones.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Bucklew v. Precythe, Director, Missouri Department of Corrections, Et Al.*, sentencia del 1-4-2019, en https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-8151_new_0pm1.pdf.



Derecho público. Alcance y validez de las decisiones emanadas del Poder Ejecutivo. Derechos de los inmigrantes. Seguridad nacional y orden público del Estado. Cuestiones políticas no justiciables. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: en septiembre de 2017, el presidente Trump presentó el anuncio oficial n.º 9645 (Proclamation) para mejorar los procedimientos de investigación de las personas extranjeras que viajan a los Estados Unidos. El objetivo fue identificar las deficiencias en la información necesaria para evaluar si los ciudadanos de ciertos países constituían una amenaza para la seguridad. El anuncio oficial impuso restricciones al ingreso de ciudadanos de ocho Estados extranjeros cuyos sistemas para gestionar y compartir información sobre sus ciudadanos son considerados inadecuados. La lista de los Estados extranjeros se hizo en base a la revisión de una orden ejecutiva previa del presidente. Como parte de esa revisión, el Departamento de Seguridad Nacional (DHS), a través de la consulta con el Departamento de Estado y con las agencias de inteligencia, desarrolló un estándar de referencia para la evaluación de la información y del riesgo.

El DHS recopiló y evaluó datos de todos los gobiernos extranjeros e identificó a los que tienen prácticas deficientes en el intercambio de información y que presentan problemas de seguridad nacional, así como de otros países que están en riesgo de no cumplir el estándar. Luego de un plazo de cincuenta días, durante el cual el Departamento de Estado realizó esfuerzos diplomáticos para alentar a los gobiernos extranjeros a mejorar sus prácticas, la Secretaria Interina de Seguridad Nacional concluyó que ocho países (Chad, Irán, Irak, Libia, Corea del Norte, Siria, Venezuela y Yemen) seguían teniendo deficiencias. Entonces, recomendó establecer

restricciones al ingreso de ciertos ciudadanos de todos esos países, excepto Irak, que tenía una estrecha relación de cooperación con Estados Unidos. También recomendó incluir a Somalia porque, si bien cumplía con la exigencia de compartir información, tenía otros factores especiales de riesgo, tales como una significativa presencia terrorista. Luego de consultar con varios miembros del gabinete, el presidente adoptó las recomendaciones y dictó el anuncio. A ese fin, invocó las atribuciones que le confieren las secciones 1182.f y 1185.a del Título 8 del Código de los Estados Unidos para determinar que ciertas restricciones eran necesarias a fin de impedir el ingreso de ciudadanos extranjeros de los cuales el Gobierno carece de información suficiente y obtener de los gobiernos extranjeros mejores protocolos para identificarlos y compartir información. Las restricciones varían en función de las diferentes circunstancias de cada uno de los ocho países. El anuncio oficial exime a los residentes permanentes y, en ciertas circunstancias, otorga excepciones con un criterio caso por caso. También ordena al DHS evaluar de forma continua si las restricciones deben ser modificadas y presentar un informe al presidente cada 180 días. Tras el primer período de revisión, el presidente determinó que Chad había mejorado en forma suficiente sus prácticas y levantó las restricciones.

El estado de Hawái, tres personas con parientes extranjeros afectados por la suspensión del ingreso y la Asociación Musulmana de Hawái promovieron una acción judicial y alegaron que el anuncio oficial violaba la Ley de Inmigración y Nacionalidad (INA) y la Cláusula de Establecimiento de la Primera Enmienda de la Constitución.

Un tribunal federal de primera instancia dictó una medida cautelar que tenía un ámbito de aplicación nacional y prohibió la aplicación de las restricciones.

La Cámara Federal de Apelaciones confirmó la decisión porque consideró que se violaban dos disposiciones de la INA, a saber, la sección 1182.f, que autoriza al presidente a suspender la entrada de todos o de alguna clase de extranjeros siempre que su ingreso resulte perjudicial para los intereses de los Estados Unidos, y la sección 1152.a.1.A, que dispone que ninguna persona será discriminada al emitirse una visa de inmigrante en razón de su raza, sexo, nacionalidad, lugar de nacimiento o lugar de residencia. La Cámara no trató el motivo de agravio fundado en la Cláusula de Establecimiento.

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

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

1. La Corte asumió, sin tomar una decisión, que las pretensiones fundadas en la ley pueden ser revisadas judicialmente, pese a que los asuntos consulares y algunas otras cuestiones jurídicas sean irreversibles (*Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 —1993—).

2. El presidente ha ejercido lícitamente la amplia discrecionalidad que le concede la sección 1182.f para suspender el ingreso de extranjeros a los Estados Unidos.

La sección 1182.f implica literalmente el acatamiento al presidente en cada una de sus cláusulas. Encomienda al presidente la decisión de suspender o no el ingreso de

extranjeros y de determinar a cuáles se aplica la medida, cuándo, por cuánto tiempo y en qué condiciones. Por lo tanto, le otorga amplias atribuciones para imponer restricciones de ingreso adicionales a las ya enumeradas en la INA (*Sale, cit. Supra*, p. 187). El anuncio oficial se corresponde con esta delegación integral de facultades. El único prerrequisito establecido en la sección 1182.f es que el presidente encuentre que el ingreso de los extranjeros alcanzados por las restricciones resulta perjudicial para los intereses de los Estados Unidos. En este caso, el presidente ha satisfecho indudablemente esa exigencia. En primer lugar, ordenó al DHS y a otras agencias evaluar en forma integral si cada uno de los países satisfacía el estándar. Luego, dictó un decreto con extensas consideraciones sobre las deficiencias encontradas y su impacto. Con base en esa revisión, consideró que restringir el ingreso al país de los extranjeros que no podían ser investigados con información fehaciente perseguía la satisfacción del interés nacional.

Cuando sea apropiado revisar algunas apreciaciones del presidente, a partir de *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592, p. 600, la impugnación de los accionantes a la pertinencia de los considerandos no puede sustentarse. La página 12 del anuncio oficial es más precisa que cualquier orden previa dictada en virtud de la sección 1182.f. Además, una investigación minuciosa es inconsistente con el amplio texto legal y con la delegación de facultades que tradicionalmente se ha encomendado al presidente en este ámbito (*Sale*, 509 U.S., p. 187-188).

El anuncio oficial está en consonancia con el resto de los límites textuales de la sección 1182.f. Mientras el vocablo “suspender” a menudo connota la posibilidad de una prórroga, el presidente no está obligado a establecer por adelantado una fecha cierta para que finalice la restricción al ingreso. Al igual que sus precedentes, el anuncio oficial deja claro que las restricciones condicionales se mantendrán solo por el tiempo que sea necesario. Por último, también identifica correctamente a una clase de extranjeros cuyo ingreso está suspendido, y la palabra “clase” abarca con amplitud a un grupo de personas vinculadas por la nacionalidad.

Los accionantes no identificaron ninguna contradicción entre el anuncio oficial y el esquema de inmigración reflejado en la INA que tácitamente impidiera al presidente abordar las deficiencias en el sistema de investigación nacional. Las razones actuales de inadmisibilidad y el limitado Programa de Exención de Visa no plantean la falta de un estándar mínimo de información confiable en ciertos países. Además, ni el historial legislativo de la sección 1182.f ni la práctica histórica justifican apartarse del claro texto de la norma.

El argumento de los accionantes de que la suspensión de la entrada al país decretada por el presidente viola la sección 1152.a.1.A ignora la distinción básica entre los criterios de admisibilidad y la emisión de visas que se extiende a lo largo de la INA. La sección 1182 define al universo de extranjeros que son admitidos en los Estados Unidos (y, por lo tanto, candidatos a recibir una visa). Una vez establecidos los límites de admisibilidad por la sección 1182, la sección 1152.a.1.A prohíbe la discriminación en el otorgamiento de las visas a inmigrantes por razón de nacionalidad u otras características. Si el Congreso hubiera pretendido en la sección 1152.a.1.A limitar el poder del presidente para determinar quién puede ingresar

al país, podría haber elegido el lenguaje dirigido a ese fin. El sentido común y la práctica histórica confirman que la sección 1152.a.1.A no limita la potestad delegada al presidente según la sección 1182.f. Los presidentes han ejercido reiteradamente su autoridad al suspender el ingreso al país de los extranjeros sobre la base de la nacionalidad. De acuerdo a la interpretación de los apelantes, no se le permitiría al presidente suspender el ingreso a extranjeros de ciertos países para dar respuesta a una epidemia, o incluso si los Estados Unidos estuvieran al borde de la guerra.

3. Los accionantes no han demostrado una probabilidad de éxito sobre la cuestión de fondo de su demanda referente a que el anuncio oficial violaba la Cláusula de Establecimiento.

Los accionantes individuales cuentan con el art. III para impugnar la exclusión de sus familiares según la Cláusula de Establecimiento. El interés de una persona en unirse a su familia es suficientemente concreto y particular para fundamentar el daño de hecho del art. III (*Kerry v. Din*, 576 U.S.).

La parte actora alegó que el anuncio tenía motivaciones religiosas y que las consideraciones del presidente sobre los protocolos de investigación y de seguridad nacional no eran más que pretextos para discriminar a los musulmanes. En el caso hay una serie de declaraciones realizadas por el presidente y sus asesores tanto durante la campaña como desde el inicio del mandato. Sin embargo, la cuestión no es denunciar las declaraciones del presidente, sino si ellas son relevantes en la revisión de un anuncio oficial, en principio neutral, que aborda una cuestión relativa a la responsabilidad ejecutiva. De este modo, la Corte debió considerar no solo las declaraciones de un presidente en particular, sino también la autoridad del Poder Ejecutivo en sí.

La admisión y la exclusión de los ciudadanos extranjeros constituye un atributo soberano fundamental ejercido por la política departamental del Gobierno y que, esencialmente, queda exenta del control judicial (*Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, p. 792 —1977—). A pesar de que los extranjeros que buscan ser admitidos no tienen un derecho constitucional a ingresar al país, la Corte ha intervenido en una investigación judicial cuando la denegación de una visa puede afectar los derechos constitucionales de un ciudadano estadounidense. Tal revisión se limita a verificar si el Ejecutivo otorga legitimidad y buena fe a las razones de su decisión (*Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, p. 769 —1972—), pero la Corte no necesita definir los límites precisos de esa investigación en este caso. A los fines de hoy día, la Corte asume que puede observar más allá del anuncio hasta la aplicación de las bases racionales de revisión, es decir, si la política de ingreso es plausible de ser relacionada con el objetivo establecido por el Gobierno para proteger al país y mejorar los procesos de investigación. Las pruebas extrínsecas de los accionantes son pasibles de ser consideradas pero la política se mantendrá siempre que pueda ser razonablemente entendida como el resultado de una justificación independiente de base constitucional.

En las escasas ocasiones en que la Corte ha dejado sin efecto una política por ilegal tras un escrutinio de base racional, un denominador común ha sido que las leyes en cuestión estaban divorciadas de cualquier contexto fáctico en el que la Corte pudiera observar una relación con los intereses legítimos del Estado

(*Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, p. 635 —1996—). El anuncio no se ajusta a ese patrón pues el argumento se basa expresamente en propósitos legítimos y nada dice sobre la religión. Las restricciones al ingreso de ciudadanos de naciones de mayoría musulmana se limitan a países que previamente fueron calificados por el Congreso o administraciones anteriores como riesgosos para la seguridad nacional. Además, el anuncio refleja los resultados de un proceso de revisión mundial iniciado por varios funcionarios del gabinete y de sus ministerios. Los accionantes impugnan la suspensión del ingreso al país basándose en su percepción de la eficacia y sabiduría del anuncio, pero la Corte no puede sustituir su propia valoración por un juzgamiento anticipado del resultado de la decisión (*Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, p. 33/34 —2010—).

Tres características adicionales de la política de ingreso al país sostienen la posición del Gobierno sobre un interés legítimo de seguridad nacional. Primero, desde que el presidente introdujo las restricciones al ingreso, tres países de mayoría musulmana (Irak, Sudán y Chad) han sido eliminados de la lista. Segundo, respecto de aquellos países que aún continúan sujetos a las restricciones de ingreso, el anuncio incluye numerosas excepciones para varias categorías de extranjeros. Finalmente, crea un programa de exención abierto a todos los ciudadanos extranjeros alcanzados que pretendan ingresar como inmigrantes o no. En conclusión, el Gobierno ha establecido una justificación suficiente de seguridad nacional a fin de superar una revisión de base racional.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Trump, President Of The United States, Et Al. v. Hawaii Et. Al.*, sentencia del 26-6-18, en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965_h315.pdf.



Indulto por razones humanitarias. Condenados por delitos de lesa humanidad. (Perú).

Antecedentes del caso: Alberto Fujimori, ex presidente del Perú (1990/2000), cumplía una condena de 25 años por los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos. El 24 de diciembre de 2017, el entonces presidente del Perú, Pedro Pablo Kuczynski Godard, lo indultó por razones humanitarias, mediante la Resolución Suprema n.º 281-2017-JUS. Hasta ese momento, Fujimori había cumplido algo menos de once años de prisión efectiva.

El 30 de mayo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos Barrios Altos y La Cantuta contra Perú, por la que declaró que el Estado peruano no había cumplido en su totalidad con las obligaciones internacionales de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos

señaladas en los casos citados. Los representantes de las víctimas solicitaron el control de convencionalidad del indulto y que se declarara su nulidad. Alegaron que la condena contra el ex presidente formaba parte de la etapa ejecutoria del fallo dictado en los citados casos. Fundaron el pedido en que: Fujimori había sido condenado por crímenes de lesa humanidad; el indulto había sido concedido de manera ilegal, pues vulneraba la Constitución Política (CP) de Perú, la jurisprudencia de la CIDH y los estándares internacionales, pues había sido otorgado por cuestiones de salud, cuando en realidad había sido producto de una negociación entre Kuczynski Godard y Kenji Fujimori —hijo de Alberto Fujimori— con la finalidad de garantizar la gobernabilidad de un gobierno políticamente débil y también la libertad del condenado. Alegaron, además, que configuraba una expresión de impunidad y vulneraba el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares. Agregaron que la CIDH había emitido una resolución de supervisión y cumplimiento de sentencia de los casos Barrios y La Cantuta, y consideró conveniente que los órganos jurisdiccionales efectuaran un control de convencionalidad del indulto, y que la Sala Penal Nacional ya se había pronunciado por la denegatoria de indultos a personas condenadas por delitos de lesa humanidad. Por tanto, afirmaron que se debía realizar el control de convencionalidad del indulto humanitario a la luz de las obligaciones internacionales y de los estándares consagrados por la CIDH.

La solicitud fue admitida —a pesar de no existir un procedimiento con esas características— en razón del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

La defensa técnica de Fujimori sostuvo que el proceso era improcedente, pues ya había concluido a causa del indulto que la CP faculta al presidente a conceder.

Sentencia: la Corte Suprema de Perú determinó que la resolución que había concedido el indulto por razones humanitarias al ex presidente Alberto Fujimori carecía de efectos jurídicos. Declaró fundado el pedido de la parte civil de no aplicar el indulto por razones humanitarias a su favor, e infundadas las observaciones de la defensa de Fujimori. Ordenó continuar con la ejecución de la sentencia condenatoria, en los términos en que había sido impuesta.

1. Según la defensa técnica de Fujimori el trámite de control de convencionalidad es ilegal, dado que el 85.1 del Código Penal establece que el indulto es una de las causales de extinción de la ejecución de la pena. Si bien está en lo cierto, no se puede considerar extinguida la ejecución penal sobre la base de un acto administrativo que ha sido cuestionado y cuya compatibilidad con la CP y los tratados internacionales ha sido analizada; más aún si el indulto, a diferencia de la amnistía, deja intacta la reparación civil fijada a favor de las víctimas.

También ha sido controvertida la competencia en el entendimiento de que el cuestionamiento al indulto debía efectuarse en sede constitucional por vía de amparo, y no en sede penal. Sin embargo, de acuerdo al art. 138 CP, todos los jueces tienen la facultad de efectuar el control de constitucionalidad que es complementado por el control de convencionalidad. En cada caso tendrán

efectos distintos: en sede penal se tornará inaplicable, mientras que en sede constitucional se declarará su nulidad. En Perú existe un sistema de control mixto (concentrado y difuso) por el cual el juez penal —en este caso— está obligado a efectuar el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, que es complementario, ya que, cuando el Estado ratifica un tratado internacional, la norma pasa a formar parte de su ordenamiento jurídico y, consecuentemente, el Estado debe controlar su cumplimiento.

2. La Convención Americana de Derechos Humanos tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto frente a su Estado de origen como a los otros Estados contratantes. Al aprobar el tratado, Perú asumió obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. De esta manera, está ligado a los deberes generales de respeto (abstenerse de realizar acciones que infrinjan o limiten el ejercicio de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción); de garantía (al Estado se le exige promover y organizar gestiones que tiendan a que todas las personas bajo su jurisdicción estén en condiciones de ejercer y gozar de los derechos y libertades amparados en la Convención, prevenir razonablemente las violaciones a los derechos humanos, investigar de manera seria e imparcial y asegurar una reparación a la víctima), y adecuación (adecuar su ordenamiento jurídico interno si contraría las normas interamericanas vinculantes o no salvaguarda los derechos de las personas bajo su jurisdicción), a efectos de garantizar la congruencia entre el derecho internacional y el interno.

3. Los crímenes de lesa humanidad son un tipo de delitos en masa cometidos contra la población civil. La CIDH ha reconocido que basta con la comisión de uno solo de estos actos ilícitos cometido en el contexto de un ataque sistemático contra una población civil para que se produzca un crimen de lesa humanidad.

Sin perjuicio de que la CIDH no es un tribunal penal, en ocasiones ha considerado oportuno calificar a ciertos hechos como crímenes de lesa humanidad según el derecho penal internacional, a efectos de establecer la trascendencia de la responsabilidad internacional (al respecto, casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *Gutiérrez Soler vs. Colombia*). Por otra parte, se advierte una tendencia regional orientada a la prohibición del indulto cuando se trata de violaciones a los derechos humanos o de crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma, por lo que cabe comparar legislaciones internas de distintos países de la región (Argentina, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela). Brasil, Chile y Perú también tienen normas que impiden el indulto para delitos calificados, incluso los de lesa humanidad. En el caso *La Cantuta vs. Perú*, la CIDH ha expresado que los hechos cometidos “contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía”.

4. La CP prevé la figura del indulto como una potestad exclusiva del presidente de la República (art. 118.21 CP). Esta figura no suprime el delito por el cual ha sido condenada una persona, no invalida su proceso ni transforma al indultado en inocente. Se limita solamente a evitar o relevar el cumplimiento efectivo de la pena.

Los arts. 85 y 89 del Código Penal disponen que la ejecución de la pena se extingue por el indulto y que el indulto suprime la pena impuesta.

En Perú coexisten dos clases de indultos: común y por razones humanitarias. La única diferencia entre ellos es que el último requiere de la evaluación de una junta médica. En ambos casos, su límite es respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas (preventivos generales y especiales). El procedimiento para solicitar un indulto está debidamente reglado, y en el caso que se emita por razones humanitarias deberá tener en cuenta el grave estado de salud del beneficiario.

La CIDH se ha opuesto en numerosos casos a la concesión de indulto a quienes hayan sido condenados por crímenes de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos, como también la Corte Europea de Derechos Humanos.

Por otra parte, el indulto puede ser materia de control jurisdiccional, que puede anularlo con fundamento en su constitucionalidad. En el caso Pativilca, la Sala Penal Nacional había decidido inaplicar la gracia concedida a Fujimori y, en consecuencia, continuó el enjuiciamiento. En esa ocasión sostuvo que no se habían cumplido los requisitos formales para el otorgamiento del derecho de gracia, en tanto Fujimori estaba en prisión por otros hechos. Además, hizo observaciones relativas al cómputo de los plazos, a la falta de motivación para la concesión, y a la vinculación entre el estado de salud de Fujimori y las condiciones penitenciarias que podían afectarla. También recordó que aun los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a control jurisdiccional; valoró la importancia del derecho a la verdad de los familiares de las víctimas y la sociedad en su conjunto, y sostuvo que el derecho de gracia otorgado había generado que el Estado incumpliera sus obligaciones internacionales.

5. El control de convencionalidad aplica el derecho internacional al derecho interno del Estado que es parte (en este caso, la Convención Americana). Presupone la interrelación entre los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, y puede darse a nivel internacional o a nivel interno. El control, que puede realizarse a pedido de parte o de oficio, y hasta el momento de resolver el caso, debe analizar la norma opuesta al pacto a fin de inaplicarla. Ante la colisión entre una norma interna y la Convención Americana, se debe preferir a esta última y no aplicar la norma interna inconveniente. En Perú el control de convencionalidad se ha aplicado sobre la Ley 26.479 de Amnistía, el caso Alfredo Jalilí Awapara, el caso José Enrique Crousillat López Torres y el caso Pativilca.

De acuerdo con la doctrina de control de constitucionalidad de la CIDH: a) cuando hay cosa juzgada internacional, el control convencional exige el cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo, y que las normas y decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio su cumplimiento, y b) las autoridades y órganos de los Estados parte están obligados a seguir los precedentes de la CIDH, tanto en la emisión y aplicación de las normas como en el juzgamiento y resolución de casos concretos. Los jueces pueden actuar según dos modalidades: represiva (inaplicando la norma local que se opone a la convención o a la jurisprudencia de la CIDH, supuesto en el cual desde inicio la norma carece de efectos jurídicos) o constructiva (cuando el juez reinterpretar y adapta la norma local a los parámetros internacionales).

6. Fujimori cuestionó la validez del procedimiento de control de convencionalidad. El procedimiento no está regulado en Perú, sin embargo, existe el principio constitucional de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, por lo cual hubo un pronunciamiento al respecto. El juzgador garantizó a Fujimori su derecho de defensa y a ser oído, y se comunicó la cuestión al Ministerio Público y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por lo tanto, no hubo ilegalidad alguna en esta tramitación.

7. Se analizó si el procedimiento administrativo realizado para otorgar el indulto a Fujimori carecía de vicios o irregularidades que le restaran legitimidad, así como también si contenía la debida motivación exigida en estos casos, sobre todo en consideración del tipo de delitos cometidos.

8. A continuación se analizaron las posibles irregularidades en el trámite del indulto por razones humanitarias otorgado a Fujimori.

8.1. La tramitación del indulto incumplió exigencias legales esenciales, no superó los estándares del debido proceso legal e independencia ni la transparencia de la junta de evaluación técnica. La evaluación médica a estos fines está reglada por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE); sin embargo, hubo un quebrantamiento del principio de imparcialidad, por permitirse que Juan Postigo —médico tratante y cirujano de Fujimori desde 1997— integrase la junta médica, aun con la advertencia de la Comisión y la CIDH. Respecto de la legitimidad del informe y del protocolo médico practicado a Fujimori, ambos fueron suscriptos por la misma especialista en gastroenterología y médica particular tratante de Fujimori. En este caso, tampoco se respetó la normativa vigente.

8.2. La junta médica penitenciaria elaboró un informe, ampliado dos días después, que describía un agravamiento del estado clínico del condenado. Del cotejo entre ambos informes surgen notorias diferencias, se consignan datos no advertidos en el primero, lo que apunta a no cuestionar la valoración médica, sino los defectos procesales. La ampliación fue realizada cuando el primer informe ya había sido presentado al Ministerio de Justicia. No consta el motivo de la ampliación y, además, no fue anexada al expediente. Por otra parte, la junta médica carece de facultades para recomendar un indulto por razones humanitarias, debe limitarse a evaluar y opinar sobre el estado de salud del condenado. Por estas razones, la Corte señaló irregularidades e incongruencias en las actas de la junta médica y estimó que hubo una atribución de funciones ilegítima.

8.3. El informe social fue muy acotado y carecía de sustento científico. El asistente social que lo suscribió no estaba facultado para emitir opiniones o conclusiones acerca de la situación clínica del condenado. Además, emitió una apreciación técnica en un proceso administrativo que aún no había comenzado. Por lo tanto, no se respetó el debido procedimiento del trámite.

8.4. La Comisión de Gracias Presidenciales solicitó informes sobre el estado de salud de Fujimori, imprescindibles para expedirse sobre la petición de indulto por razones humanitarias. No obstante, sin haber recibido los informes, y en día inhábil, la Comisión se reunió y concedió el indulto.

8.5. Uno de los principios que rigen el derecho administrativo es el de la celeridad para resolver en tiempo razonable, sin embargo, las autoridades no pueden eludir el respeto al debido procedimiento. Por su parte, la CIDH se ha referido reiteradamente al plazo razonable para la resolución de procedimientos administrativos, como también lo ha hecho el Tribunal Constitucional.

La solicitud de indulto por razones humanitarias constituye una medida intrusiva del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo debe cumplir suficientemente con los requisitos de la normativa y presentar argumentos suficientes para su concesión.

No puede soslayarse que el trámite para la concesión del indulto cuestionado demoró tan solo trece días, un plazo incongruente respecto de las demoras ordinarias del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para procesar, evaluar y resolver peticiones de este tipo.

8.6. La resolución que concede el indulto por razones humanitarias constituye un acto administrativo. Por lo tanto, debe estar necesariamente motivado, independientemente de que se trate de un acto discrecional; de lo contrario, resultaría arbitrario. Fujimori fue condenado por delitos de lesa humanidad, por lo cual la motivación exigida debía ser aún más rigurosa en su contenido, de acuerdo con los tratados internacionales de los que Perú es parte.

El juzgador pudo verificar el déficit argumentativo de la resolución por la que el indulto fue concedido. Por lo tanto, la decisión fue arbitraria, particularmente por tratarse de delitos de lesa humanidad, y en virtud de los compromisos internacionales asumidos por Perú. De este modo, se ve afectado el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y de sus familiares en lo que respecta a la ejecución de la pena dispuesta mediante sentencia con calidad de cosa juzgada. La resolución solo provee argumentos genéricos sobre la potestad constitucional del presidente de la República para conceder el indulto, y cita los informes del trámite administrativo, pero omite analizar y argumentar rigurosa y extensamente, tal como exige el Tribunal Constitucional de Perú.

8.7. El Perú, como Estado parte de la Convención Americana, tiene el deber de mantener la armonía entre las normas convencionales y la legislación interna del Estado. Debe acatar lo que la CIDH dispone en sus sentencias y resoluciones de supervisión de cumplimiento. El presidente de la República, dentro de su facultad para conceder indultos, ha debido tener en cuenta no solo el derecho interno peruano, sino también las obligaciones internacionales y, particularmente, las obligaciones que surjan de las sentencias Barrios Altos y La Cantuta.

No procede el otorgamiento de un indulto a quien haya sido condenado por delitos de lesa humanidad, por lo que el indulto concedido a Fujimori es incompatible con las obligaciones internacionales que vinculan al Perú, sobre todo si existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional en este sentido.

8.8. Es deber del Estado adoptar medidas eficaces para que los internos no vean afectados sus derechos. Por otro lado, el derecho de acceso a la justicia de las víctimas está directamente enlazado con el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar

a los responsables de violaciones a los derechos humanos. El derecho de acceso a la justicia abarca también la etapa de ejecución de la sentencia y su cumplimiento está ligado a los citados deberes del Estado, así como verificar y adoptar las medidas suficientes para que la sanción impuesta se cumpla íntegramente.

En tal sentido, la CIDH se ha pronunciado reiteradamente por la prohibición de conceder indultos, gracias presidenciales, amnistías o prescripciones. Estos beneficios pueden constituirse en eventuales formas de impunidad, más aún en caso de personas que han cometido delitos contra los derechos humanos. El indulto concedido a Fujimori vulnera el derecho de las víctimas en sentido estricto, pues los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad.

La CIDH ha sugerido al Perú ponderar y verificar si el indulto resultaba idóneo, necesario, proporcional, y si no afectaba los derechos de acceso a la justicia de las víctimas. El Tribunal Constitucional ha expresado que “la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (...). Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple con las siguientes condiciones: a) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), b) si no existe alguna otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y c) si es equilibrada, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes (juicio de proporcionalidad)”.

Respecto del test de idoneidad, el indulto por razones humanitarias concedido a Fujimori es un medio adecuado y apto para salvaguardar su vida, salud e integridad física.

Sin embargo, no resulta un medio necesario, dada la existencia de otras alternativas igualmente eficaces. El Estado a través del INPE ha sido respetuoso con el estado de salud del condenado, que ha recibido oportuna atención médica, incluso en clínicas privadas de su elección. Por lo tanto, el indulto otorgado contraviene el derecho a la justicia de las víctimas, que esperan que las condenas sean cumplidas íntegramente. Al no superar este segundo filtro, no fue necesario analizar el tercero.

CORTE SUPREMA DEL PERÚ, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, control de convencionalidad sobre el indulto concedido a Alberto Fujimori, Resolución 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, del 3-10-2018, en https://es.scribd.com/document/390050626/Resolucion-del-Poder-Judicial-anula-indulto-a-Alberto-Fujimori#download&from_embed.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la integridad personal. Derecho a la vida privada. Derecho a no ser sometido a tortura. Derecho a la libertad personal. Derecho de defensa. Garantías judiciales y protección judicial. Derecho de reunión. Discriminación por razones de género. Plazo razonable. Perspectiva de género. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: durante el 3 y el 4 de mayo de 2006, la policía municipal de Texcoco y San Salvador de Atenco, la policía estadual del estado de México y la Policía Federal Preventiva realizaron operativos en dos municipios y en una carretera para reprimir manifestaciones y detuvieron a once mujeres. Cuando fueron detenidas y mientras eran trasladadas e ingresadas al Centro de Readaptación Social Santiaguito (en adelante, CEPRESO), fueron sometidas a diferentes formas de violencia, y en algunos casos hubo violaciones sexuales. Cuando llegaron al CEPRESO, varias de ellas sufrieron tratos denigrantes por parte de algunos médicos quienes se negaron a revisarlas, a practicarles los exámenes ginecológicos y a reportar o registrar las violaciones, e incluso las humillaron e insultaron.

Se iniciaron investigaciones penales en relación con los hechos de violencia, violación sexual y tortura ante la jurisdicción estadual del estado de México y la jurisdicción federal por medio de la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Relacionados con Actos de Violencia Contra las Mujeres en el País (en adelante, FEVIM).

En el ámbito federal, el 15 de mayo de 2006 la FEVIM inició una averiguación previa y llevó a cabo distintas diligencias, como la recepción de declaraciones y denuncias. El 13 de julio de 2009, se declaró incompetente de oficio, porque consideró que los hechos no eran de competencia federal, sino común, y que correspondían a los órganos investigadores mexicanos, donde ocurrieron los hechos.

En el ámbito estadual, la Procuraduría General de Justicia del estado de México (en adelante, PGJEM) inició una averiguación previa, que dio origen a cinco causas penales: 59/2006, 418/2011 (recaratada como 55/2013), 166/2014, 105/2016 y 79/2006.

La causa penal 59/2006 se inició el 16 de junio de 2006 contra diecisiete policías estaduales y cuatro policías municipales, por el delito de abuso de autoridad en agravio de María Patricia Romero, su padre y su hijo. Días después se libró una orden de aprehensión y enseguida se decretó el auto de prisión. Tras diversos recursos legales, se resolvió absolver a algunos policías, mientras que otros no fueron enjuiciados porque la prueba era insuficiente.

En el marco de la causa 418/2011-55/2013, el 14 de septiembre de 2011 la PGJEM solicitó detener a veintinueve policías estaduales por su responsabilidad por omisión respecto de los delitos de tortura, abuso de autoridad y lesiones en relación con diez mujeres, así como con otras dos que no forman parte del caso. De acuerdo con información reciente provista por el Estado, se habían cumplido dieciséis de estas órdenes de aprehensión y diez estaban pendientes de ejecución.

Asimismo, de los veintinueve imputados en la causa, dieciocho se encontraban bajo prisión preventiva.

El 12 de septiembre de 2014, dentro de la causa 166/2014, la PGJEM solicitó detener a diez médicos de Prevención y Readaptación Social y a once médicos legistas, por su omisión frente a las denuncias e indicios de tortura, así como a un agente del Ministerio Público estadual por su responsabilidad por el delito de tortura por omisión, en agravio de las once mujeres y dos más que no forman parte del caso. Las órdenes se libraron días después. Según información aportada por el Estado, a la fecha de emisión de esta sentencia se obtuvieron veintidós órdenes de aprehensión, diez de las cuales fueron cumplidas, y doce resultaron en comparecencias voluntarias. Se encontraban pendientes varios recursos de apelación y amparo contra las órdenes de prisión emitidas, y cinco apelaciones contra órdenes de libertad.

Asimismo, el 1.º de julio de 2016 se inició una acción penal dentro de la causa 105/2016 contra el subdirector operativo de región sur de la Agencia de Seguridad Estatal por el delito de tortura contra siete de las once mujeres víctimas. El acusado era el encargado de los autobuses y vehículos en que fueron trasladadas. El juez denegó la orden de aprehensión solicitada por la PGJEM, que interpuso varios recursos de apelación, sobre cuya resolución la Corte carece de información.

Finalmente, el 28 de agosto de 2006 se decretó un auto de prisión en la causa 79/2006 contra un policía estadual por el delito de actos libidinosos en agravio de una de las víctimas. En 2008, fue condenado, pero, tras un juicio de amparo, se modificó la sentencia y fue absuelto.

Además de las investigaciones penales de carácter jurisdiccional, el 16 de octubre de 2006, la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió su Recomendación 38/2006, donde identificó una serie de violaciones de derechos humanos en los operativos del 3 y 4 de mayo. En 2009, la Suprema Corte de Justicia de México dictó una sentencia en uso de la facultad de investigación de carácter no jurisdiccional. Si bien no estaba facultada para establecer responsabilidades o dictar reparaciones, reconstruyó los hechos y la forma en que ocurrieron los operativos, concluyó que ocurrieron graves violaciones e individualizó a posibles responsables.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente a los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, México) por la violación de: a) los derechos a la integridad personal, a la vida privada, y a no ser sometido a tortura, consagrados en los arts. 5.1, 5.2 y 11 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos sin discriminación, reconocidas en sus arts. 1.1 y 2, así como en los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura y el art. 7 de la Convención de Belém do Pará; b) el derecho a la libertad personal, consagrado en el art. 7, numerales 1, 2, 3 y 4, y el derecho a la defensa, consagrado en el art. 8.2, literales b, d y e, de la Convención Americana; c) los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales contenidas en sus arts. 1.1 y 2, los arts. 1, 6 y 8 de

la Convención Interamericana contra la Tortura, y el art. 7.b de la Convención de Belem do Pará; todo ello en perjuicio de las once mujeres detenidas.

Además, la Corte declaró a México responsable por la violación del derecho de reunión, consagrado en el art. 15 de la Convención, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de siete de las detenidas.

También declaró a México 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 familiares de las víctimas.

1. Reconocimiento parcial de responsabilidad estatal:

El Estado mexicano realizó un reconocimiento parcial de responsabilidad que comprendió los hechos individuales respecto de las once mujeres y sus familiares, así como sobre los procesos penales relacionados con los hechos denunciados. Asimismo, México reconoció su responsabilidad internacional por las violaciones de los derechos de las once mujeres: a) a la libertad personal y garantías judiciales (arts. 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 8.2 b), 8.2 d) y 8.2 e) de la Convención Americana), por la privación de la libertad, la falta de notificación de las razones de la detención y la ausencia de una defensa adecuada; b) a la integridad personal, a la vida privada, al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación y de tortura (arts. 5.1, 5.2, 11, 24 y 1.1 de la Convención y 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura y 7 de la Convención de Belém do Pará), por la violencia física, psicológica y sexual, incluidos actos de tortura que sufrieron las víctimas, así como por la falta de atención médica adecuada y sus efectos sobre la salud; c) a las garantías judiciales y protección judicial e igualdad ante la ley (arts. 8, 24 y 25 de la Convención) y al deber de investigar actos de tortura y de violencia contra la mujer (arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura y 7 de la Convención de Belém do Pará) debido a la falta de investigación de oficio de los hechos y a la tipificación incorrecta de los delitos que se realizó inicialmente, y d) a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la Convención, 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura y 7 c), 7 e) y 7 h) de la Convención de Belém do Pará) por la falta de un marco normativo interno en materia de uso de la fuerza y tortura al momento de los hechos. Además, el Estado admitió la violación de la integridad personal (art. 5.1 de la Convención) de los familiares de las once mujeres.

2. Excepción preliminar:

El Estado presentó una excepción preliminar y alegó que la Comisión Interamericana había vulnerado su derecho de defensa, pues, durante el trámite del caso, no se respetó ante dicho órgano la garantía de equidad procesal de las partes, el principio de seguridad jurídica ni el principio de complementariedad. La Corte desestimó el pedido.

3. Fondo:

Este caso se centró en el análisis sobre los derechos de las once mujeres víctimas: a) a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada y la prohibición de tortura, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (arts. 5 y 11 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, así como los

arts. 7.a de la Convención de Belém do Pará y 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura); b) a la libertad personal y al derecho a la defensa (arts. 7 y 8 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1); c) a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, así como los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura y el art. 7 de la Convención de Belém do Pará), en virtud de las investigaciones de los hechos de este caso, y d) a la integridad personal de los familiares (art. 5 de la Convención Americana).

La actuación de las autoridades de seguridad en los operativos se caracterizó por el uso indiscriminado y excesivo de la fuerza contra las personas que consideraran manifestantes. Las once mujeres estaban ejerciendo conductas completamente pacíficas o de resguardo de su integridad cuando fueron detenidas. Por lo tanto, el uso de la fuerza no fue legítimo ni necesario, pero, además, fue excesivo e inaceptable por la naturaleza sexual y discriminatoria de las agresiones. El uso indiscriminado de la fuerza por parte del Estado se debió a la ausencia de regulación adecuada, la falta de capacitación de los agentes, la supervisión y monitoreo ineficiente del operativo y la concepción errada de que la violencia de algunos justificaba el uso de la fuerza contra todos. Por eso, hubo violaciones a los arts. 5 y 11 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de las once mujeres.

Varias de las víctimas habían acudido a Texcoco o San Salvador de Atenco para cubrir los eventos como periodistas, documentarlos como parte de sus estudios o brindar asistencia de salud a los manifestantes heridos. Por tal razón, la Corte concluyó que, en relación con siete de las víctimas, el Estado había vulnerado su derecho de reunión a través del uso excesivo de la fuerza.

La Corte también determinó que: a) las once mujeres sufrieron violencia sexual, por medio de agresiones verbales y físicas, con connotaciones y alusiones sexuales; b) siete de ellas también fueron víctimas de violaciones sexuales, ya que los abusos incluyeron la penetración de su cuerpo con alguna parte del cuerpo de los policías o algún objeto, y c) todas fueron víctimas de tortura por el conjunto de abusos y agresiones, por la intencionalidad y severidad del sufrimiento infringido y por el propósito de humillación y castigo. Además, las torturas fueron utilizadas como una forma de control social represivo, las víctimas fueron sometidas a distintos tipos de violencia verbal y psicológica estereotipada y discriminatoria y el tratamiento de los médicos en el penal agregó un elemento adicional de trato cruel y degradante. Finalmente, la violencia sexual y las torturas, tanto físicas como psicológicas, implicaron discriminación por razones de género, en violación de la prohibición general de discriminación consagrada en el art. 1.1 de la Convención Americana.

La Corte realizó algunas consideraciones adicionales sobre la violencia verbal y estereotipada que padecieron las víctimas debido a la naturaleza de las expresiones, su carácter repetitivo y la ausencia de una respuesta estatal adecuada. Las formas groseras y sexistas en que los policías se dirigieron a las víctimas, con palabras obscenas y alusiones a su vida sexual, al incumplimiento de sus roles en el hogar y a su necesidad de domesticación, exponen estereotipos profundamente machistas que buscaban

reducir a las mujeres a una función sexual o doméstica. La decisión de manifestar, protestar, estudiar o documentar lo que estaba pasando en Texcoco y San Salvador de Atenco, es decir, la presencia y actuación en la esfera pública, fue motivo suficiente para castigarlas con distintas formas de abuso.

Las respuestas de las autoridades estatales también habían sido estereotipadas. En este sentido, la Corte observó que la credibilidad de las víctimas fue puesta en duda por el gobernador, el secretario general de Gobierno del estado de México y el comisionado de la Agencia de Seguridad Estatal, que las acusaron de guerrilleras.

La violencia sexual fue utilizada por los agentes estatales como una táctica de control, dominio e imposición de poder, pues instrumentalizaron los cuerpos de las mujeres para transmitir un mensaje de represión y desaprobación de los medios de protesta. La violencia sexual fue un arma más para lograr dispersar la protesta y asegurarse de que no volviera a cuestionarse la autoridad del Estado. La violencia sexual es inaceptable como una forma de control del orden público por parte de los cuerpos de seguridad en un Estado obligado por la Convención Americana, la Convención de Belém do Pará y la Convención Interamericana contra la Tortura a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

Por otra parte, las detenciones iniciales de las once mujeres fueron ilegales y arbitrarias. El Estado no demostró la situación de flagrancia, por lo que las detenciones no habían respetado las causas y procedimientos establecidos en la legislación interna. Además, las detenciones colectivas no fueron necesarias para garantizar propósitos permitidos por la Convención Americana, no fueron proporcionales y no respondieron a una adecuada individualización de las conductas de cada una de las detenidas.

Por otro lado, dado que las once mujeres no fueron informadas de los motivos de su detención o de las acusaciones en su contra, no se les garantizó el derecho a contar con un abogado de su elección o defensor de oficio desde el inicio de la investigación ni se les permitió comunicarse con sus familiares o abogado de confianza, el Estado violó los derechos a ser informadas de las razones de su detención y el derecho a la defensa.

La prisión preventiva impuesta a las víctimas resultó arbitraria ya que no respondió a ninguna de las dos finalidades consagradas por la Convención Americana, a saber: la necesidad de asegurar que las acusadas no impidieran el desarrollo del procedimiento o eludieran la acción de la Justicia. Tampoco hubo revisiones periódicas respecto de la necesidad de mantener la prisión preventiva. En consecuencia, el Estado violó los derechos reconocidos en los arts. 7.1 y 7.3 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de las once mujeres.

En relación con las investigaciones judiciales relacionadas con los hechos, la Corte estableció que las investigaciones se limitaron a la participación de agentes estatales, cuando existían indicios de la participación de agentes federales, y que no se investigaron todas las posibles formas de responsabilidad individual por los actos de tortura que prevé la Convención Interamericana contra la Tortura, incluida la responsabilidad de mando, pese a la existencia de indicios al respecto. Por lo tanto, el Estado no investigó a todos los posibles responsables penales ni siguió todas las líneas

lógicas de investigación y no cumplió su deber de investigar con la debida diligencia. Igualmente, la Corte señaló que, debido a las falencias iniciales en la investigación y a la falta de valoración de la evidencia presentada por las víctimas ante la FEVIM, así como a la falta de investigación de todos los posibles responsables penales y de seguimiento de las líneas lógicas de investigación, el Estado mexicano no actuó con la debida diligencia requerida en las investigaciones.

Dado que existieron retrasos en las investigaciones que obedecieron a la inactividad de las autoridades y a la falta de actuación diligente de los encargados de la investigación, el Estado vulneró el plazo razonable en perjuicio de las once mujeres.

Además, la investigación de la tortura y violencia sexual no fue realizada con una perspectiva de género acorde con las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belém do Pará. Por el contrario, el trato estereotípico y revictimizante violó el deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana.

Finalmente, como consecuencia directa de la privación de la libertad y tortura sexual de las once mujeres, sus familiares padecieron un profundo sufrimiento y angustia que afectó su integridad psíquica y moral.

4. Reparaciones:

Esta sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. La Corte ordenó a México: a) continuar e iniciar las investigaciones amplias, sistemáticas y minuciosas que sean necesarias para determinar, juzgar, y sancionar a todos los responsables de la violencia y tortura sexual sufrida por las once mujeres; b) brindar de forma gratuita e inmediata el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas; c) publicar la sentencia de la Corte; d) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y pedir disculpas públicas; e) crear un plan de capacitación de oficiales de la Policía Federal y del estado de México, y establecer un mecanismo de supervisión para medir y evaluar la efectividad de las políticas e instituciones existentes en materia de rendición de cuentas y monitoreo del uso de la fuerza de la Policía Federal y de la policía del estado de México; f) otorgar una beca en una institución pública mexicana de educación superior a Angélica Patricia Torres Linares, Claudia Hernández Martínez y Suhelen Gabriela Cuevas Jaramillo, para realizar estudios superiores técnicos o universitarios; g) elaborar un plan de fortalecimiento calendarizado del Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual cometida contra Mujeres; h) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y el reintegro de costas y gastos; i) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la suma erogada durante la tramitación del 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, caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 28-11-2018, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional del Estado. Derecho a la libertad de expresión. Derechos políticos. Delitos contra el honor. Pena de inhabilitación política. Derecho a la participación política. Derecho a las garantías judiciales. Presunción de inocencia. Derecho de defensa. Derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. Garantías del debido proceso. Derecho de circulación y residencia. Restricciones y alcance. Derecho a la protección judicial. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en mayo de 2003, Tulio Alberto Álvarez Ramos publicó en el diario “Así es la Noticia” un artículo titulado “Asaltada Caja de Ahorro de la Asamblea Nacional”, en el que difundía supuestas irregularidades en el manejo financiero de la Asamblea Nacional de Venezuela.

En diciembre de ese año, el entonces presidente de la Asamblea Nacional, William Lara, querelló a Álvarez Ramos por difamación. En diciembre de 2004, el juzgado penal dispuso como medida cautelar prohibir la salida del país de Álvarez Ramos. Durante la tramitación de la causa, la parte acusadora amplió la denuncia en dos oportunidades, por lo que el proceso continuó bajo el tipo penal de difamación agravada continuada.

En febrero de 2005, el juzgado penal condenó a Tulio Álvarez Ramos a cumplir la pena de 2 años y 3 meses de prisión por el delito de difamación agravada continuada y ordenó su inhabilitación política. Álvarez Ramos interpuso recursos de apelación y de casación, que resultaron infructuosos. En marzo de 2009, se decretó el cumplimiento total de la condena.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por la violación de los derechos de participación política, circulación, garantías judiciales y protección judicial de Tulio Álvarez Ramos, en razón del proceso penal y la condena en su contra.

1. Excepción preliminar:

El Estado presentó una excepción preliminar de caducidad, pero la Corte desestimó el planteo por no constituir propiamente una excepción preliminar.

2. Fondo:

La responsabilidad del Estado fue analizada en el siguiente orden: a) derechos a la libertad de expresión y derechos políticos; b) derecho a las garantías judiciales; c) derecho de circulación y residencia, y d) derecho a la protección judicial.

2.1. Derecho a la libertad de expresión y derechos políticos:

Las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión deben cumplir con los requisitos de legalidad, responder a un objetivo permitido por la Convención Americana y ser necesarias en una sociedad democrática. Además, en el caso de un discurso protegido por su interés público, como los referidos a la conducta de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones,

la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal no es adecuada para proteger el honor del funcionario.

La Corte consideró que la nota constituía una información de interés público porque la persona mencionada era funcionario en ejercicio, estaba vinculado a los hechos y el tema tratado era de relevancia pública.

La Corte recordó que, sobre temas de interés público, no solo se protegen las expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también las que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios o a un sector cualquiera de la población, como ocurría en este caso. Aplicar sanciones penales por difundir noticias de esta naturaleza puede amedrentar a los comunicadores directa o indirectamente, limitar la libertad de expresión e impedir que el público se informe sobre conductas ilegales, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc. Además, se debilitaría el control público sobre los poderes del Estado y se afectaría el pluralismo democrático.

La Corte concluyó que la conducta de Álvarez Ramos no podía considerarse penalmente prohibida como delito contra el honor y declaró la vulneración del art. 13.2 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1. Del mismo modo, también consideró que se había violado el art. 23 de la Convención en razón de la pena accesoria de inhabilitación política.

2.2. Derecho a las garantías judiciales:

El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (art. 8.2.c de la Convención) obliga al Estado a permitir que el acusado acceda al expediente y a respetar el principio de contradicción, que garantiza la intervención del imputado en el análisis de la prueba. Dado que Álvarez Ramos y sus abogados no tuvieron acceso a los videos que justificaron la ampliación de la acusación sino hasta el momento de la audiencia de juicio, la Corte concluyó que la restricción había impedido que Álvarez Ramos pudiera defenderse de forma adecuada, en violación del art. 8.2.c de la Convención Americana.

Por otro lado, respecto de la detención del testigo José Rafael García García y la decisión de rechazar sus declaraciones como elementos probatorios, la Corte recordó que el art. 8.2.f de la Convención Americana consagra la “garantía mínima” del “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, y también materializa el principio de contradicción y el de igualdad procesal. La Corte consideró que la acusación y posterior detención de García García durante la audiencia pública había tenido, al menos, el efecto de generar preocupación o temor en las personas que debían declarar en el juicio oral. Asimismo, la falta de una debida justificación de la orden de detención (que se fundamentó únicamente en lo alegado por la abogada de la parte acusadora) configuró una violación de las garantías del debido proceso previstas en el art. 8.2.f de la Convención Americana.

2.3. Derecho de circulación y residencia:

El derecho de circulación y residencia, incluido el derecho a salir del país, puede ser objeto de restricciones de acuerdo con los arts. 22.3 y 30 de la Convención

Americana. Para establecer restricciones, los Estados deben observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional. En este caso, la decisión del juez que ordenó la prohibición de salida del país no presentó un análisis objetivo o indicios de la posibilidad de fuga del imputado, más allá de que fuera un escritor y abogado con trabajos en el exterior. Por eso, la Corte concluyó que no se había justificado de forma debida la necesidad y proporcionalidad de la decisión y que se había vulnerado el art. 22 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 8, en perjuicio de Tulio Álvarez Ramos.

2.4. Derecho a la protección judicial:

El recurso de amparo interpuesto por Álvarez Ramos contra la Comisión Electoral de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela por no haberlo incluido en su registro electoral fue efectivo y atendió en tiempo y en derecho la impugnación del demandante. Del mismo modo, la revocatoria del recurso por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no afectó la protección dada por el recurso pues, para ese momento, la pena ya había concluido y la inhabilitación política ya no era aplicable. Además, el fallo de la Sala Constitucional no produjo ningún impacto en su derecho sustantivo.

Por lo expuesto, la Corte concluyó que no se había demostrado una violación al derecho a la protección judicial (art. 25.1 de la Convención Americana).

3. Reparaciones:

La Corte dispuso adoptar todas las medidas necesarias para dejar sin efecto la sentencia contra Álvarez Ramos, las consecuencias que de ella deriven, así como los antecedentes judiciales o administrativos, penales, electorales o policiales que existan en su contra a raíz del proceso; publicar de manera íntegra la sentencia y su resumen oficial y pagar las sumas monetarias fijadas por daño material, daño inmaterial, así como el reintegro de costas y gastos judiciales del proceso ante la Comisión y la Corte Interamericana. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Álvarez Ramos vs. Venezuela* (excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 30-8-2019, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf.



Responsabilidad internacional del Estado. Derecho a la tutela judicial efectiva. Plazo razonable. Derecho a la seguridad social. Derecho a la pensión. Derecho a la propiedad privada. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Oscar Muelle Flores trabajó desde 1981 en la empresa estatal Minera Especial Tintaya S. A. En 1990 se jubiló bajo el régimen de pensiones y compensaciones por servicios civiles prestados al Estado (Decreto Ley 20530). En enero de 1991, ese régimen fue suspendido por la gerencia de administración de la empresa. Muelle Flores interpuso una acción de amparo ante el Juzgado Quinto Civil de Lima, que ordenó que se dejara sin efecto la suspensión. La decisión fue confirmada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, y por la Corte Suprema de Justicia del Perú, que confirmó lo resuelto por la Corte Superior, declaró fundada la acción de amparo, ordenó la inaplicabilidad de la suspensión y restableció los derechos al estado previo a la decisión de la empresa.

La empresa estatal Tintaya fue privatizada en 1994, en el marco de la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado (Decreto Legislativo 674). En febrero de 1993, la empresa volvió a suspender el pago de algunas pensiones de jubilación a sus ex trabajadores, entre ellas la de Muelle Flores, que interpuso una segunda acción de amparo y solicitó que se le restituyera el derecho a seguir cobrando su pensión y la indemnización por el daño causado.

En febrero de 1995, el Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima declaró improcedente la demanda. El fallo fue confirmado por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Posteriormente, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente el recurso de amparo.

Muelle Flores interpuso un recurso extraordinario contra la decisión. El Tribunal Constitucional revocó la resolución de la Corte Suprema de Justicia, ordenó a la empresa cumplir con el pago continuado de la pensión y declaró improcedente el pago de la indemnización solicitada.

Tintaya interpuso una demanda en la vía contencioso administrativa para que se declarara la improcedencia de la reincorporación de Muelle Flores al régimen pensionario del Decreto Ley 20530. La demanda fue declarada fundada en primera instancia. La Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Lima confirmó lo resuelto. Muelle Flores interpuso un recurso de nulidad. La Corte Suprema declaró la nulidad de la decisión recurrida y declaró infundada la demanda, por entender que la reincorporación de Muelle Flores al régimen del Decreto Ley 20530 era conforme a la ley.

En cuanto al procedimiento de ejecución de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que resolvió el primer amparo interpuesto por Muelle Flores, la Corte Interamericana comprobó que continuaba en trámite.

La Corte Suprema verificó que estaba vigente la Ley 28449 que precisa las reglas del régimen del Decreto Ley 20530 —declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en 2005—, y reiteró que era el Ministerio de Economía y Finanzas el responsable por la administración del régimen de pensiones.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado del Perú por la violación a diversos derechos en perjuicio de Oscar Muelle Flores. Las omisiones del Estado no permitieron garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial. Además, las autoridades judiciales no actuaron con el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que estaba la víctima y excedieron el plazo razonable.

El incumplimiento del derecho a la seguridad social por más de veintisiete años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud de Muelle Flores, que requería una protección especial por ser adulto mayor y en condición de discapacidad. La falta de protección judicial afectó el derecho a la pensión que había ingresado al patrimonio de la víctima y, por ende, el Estado es responsable de la violación del derecho a la propiedad privada.

El Estado también es responsable por el incumplimiento de las sentencias dictadas a favor de Muelle Flores, por la creación de obstáculos derivados de la privatización de la empresa, por no revertir los efectos negativos de la privatización y por la ausencia de medidas para remediar esa situación durante un periodo de tiempo prolongado. Asimismo, la Corte Interamericana lo declaró responsable por la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1, 25.1, 25.2.c, 26, 5, 11.1, 21.1, y 21.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Muelle Flores. Finalmente, también lo declaró responsable por la violación de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, recogido en el art. 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Muelle Flores.

1. Los hechos del caso se relacionan con la violación del derecho a la tutela judicial efectiva por el incumplimiento, durante veinticuatro años, de una sentencia judicial que ordenó la reincorporación del accionante al régimen pensionario del Decreto Ley 20530.

La Corte Interamericana analizó los hechos en relación con: a) el primer proceso de amparo; b) la privatización de la empresa estatal Minera Especial Tintaya S. A.; c) el segundo proceso de amparo; d) el proceso contencioso administrativo; e) el proceso de ejecución de la sentencia de amparo del 2 de febrero de 1993, y f) la normativa sobre pensiones y privatizaciones a partir de 2002.

2. Excepciones preliminares:

Sobre la falta de agotamiento de los recursos internos, la Corte Interamericana constató que el Estado no había invocado en ningún momento el art. 46.1 de la Convención Americana ni señalado que no se hubieran agotado los recursos internos, o que la petición fuera inadmisibile. El Estado solo había descrito el estado del proceso. La Corte Interamericana entendió que el mero recuento de actuaciones procesales era insuficiente para tener por opuesta una excepción preliminar y, siendo así, la desestimó.

Sobre la falta de competencia en razón de la materia y justiciabilidad directa del art. 26 de la Convención Americana, el Estado había señalado que la demanda no pretendía la justiciabilidad de los derechos de la Convención, sino la de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs),

específicamente el derecho a la seguridad social, y sostuvo que la Corte Interamericana era incompetente para pronunciarse sobre la justiciabilidad directa de esos derechos. Para resolver el planteo, la Corte Interamericana se remitió a los criterios adoptados en los casos *Lagos del Campo vs. Perú* y *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, y reiteró su jurisprudencia en el sentido de que es competente para examinar la violación del art. 26 de la Convención y del derecho a la seguridad social. Por lo tanto, desestimó la excepción preliminar opuesta por el Estado.

3. Fondo:

La Corte Interamericana analizó la responsabilidad del Estado en el siguiente orden: 1) el derecho a la tutela judicial efectiva en la ejecución de sentencias y privatización de empresas, 2) el plazo razonable en el proceso de ejecución de sentencias, 3) el derecho a la seguridad social en virtud del art. 26 y 4) el derecho a la propiedad privada.

3.1. Derecho a la tutela judicial efectiva en la ejecución de sentencias y privatización de empresas:

La Corte Interamericana consideró que la ejecución de las sentencias debe ser regida por estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, entre otros, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y Estado de derecho. También ha señalado que para cumplir la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.

No se encuentra en controversia la existencia del derecho a la pensión de Muelle Flores o el ajuste de la pensión conforme a la normativa interna, ni si las decisiones sobre su retiro del régimen del Decreto Ley 20530 fueron convencionales o vulneraron el debido proceso. El Estado no adoptó ninguna medida desde la primera sentencia de 1993 para el cumplimiento rápido y efectivo de lo ordenado y para garantizar el derecho a la pensión.

El Estado no solo debió cumplir con el pago de la pensión ordenado judicialmente de manera inmediata, y con especial diligencia y celeridad, pues se trataba de un derecho de carácter alimentario y sustitutivo del salario, sino que debió haber establecido claramente qué entidad se encargaría del cumplimiento de la decisión para remitirle el trámite.

En consecuencia, el Estado es responsable por el incumplimiento de las sentencias dictadas a favor de Muelle Flores; por la creación de obstáculos derivados de la privatización; por la ineficacia del Poder Judicial para hacer cumplir sus fallos y para revertir los efectos negativos de la privatización. Al mismo tiempo, también es responsable por no remediar la situación durante un periodo prolongado de tiempo. En este sentido, el Estado violó el derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial establecidos en los arts. 25.1 y 25.2.c. en relación con el art. 1.1, así como el art. 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Muelle Flores.

3.2. El plazo razonable:

El plazo en la etapa de la ejecución de sentencias debió haber sido más breve, ya que existía una decisión firme. Desde las sentencias dictadas en 1993 y 1999 hasta la fecha de la sentencia de la Corte Interamericana, transcurrieron más de veintiséis

y diecinueve años, respectivamente, lo que perjudicó al accionante, una persona de avanzada edad y sin recursos económicos. Las autoridades judiciales no actuaron con el deber de celeridad que exigía la situación y excedieron el plazo razonable del proceso, lo que vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Muelle Flores.

3.3. Derecho a la seguridad social:

La Corte Interamericana se pronunció por primera vez respecto del derecho a la seguridad social (en particular sobre el derecho a la pensión) de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). A partir del art. 45 de la Carta de la OEA, interpretado a la luz de la Declaración Americana y de otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, se pueden derivar elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, como, por ejemplo, que tiene la finalidad de proteger al individuo de contingencias futuras, por lo que deben adoptarse medidas de protección.

En particular, el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de dificultades vinculadas con la edad que podrían impedirle obtener los medios de subsistencia necesarios y ejercer plenamente sus derechos. La seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que se garanticen buenas condiciones de vida, de salud y un nivel de vida adecuado.

Muelle Flores dejó de recibir su pensión en 1991. Debido a la falta de cumplimiento y ejecución de las sentencias a nivel interno, el derecho a la pensión no le fue garantizado, las sentencias no fueron ejecutadas y el proceso correspondiente siguió abierto. Por lo tanto, se violó el derecho a la seguridad social.

Por otra parte, ante la falta de pago de la pensión reconocida judicialmente, se interrelacionan los derechos a la seguridad social, a la integridad personal y a la dignidad humana, y la vulneración de uno afecta directamente a otro, especialmente en el caso de las personas mayores. La falta de pago durante un período prolongado generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de necesidades básicas, además de la integridad psicológica y moral del accionante, así como su dignidad.

3.4. Derecho a la propiedad privada:

La falta de tutela del derecho a la pensión nivelada, vigente hasta 2004 en el Perú, así como el derecho a la pensión conforme a las reformas constitucionales de ese año, afectaron el patrimonio de Muelle Flores. El accionante tenía derecho a recibir una pensión por el trabajo realizado, por haber cumplido con los requisitos jubilarse y por haber hecho los aportes correspondientes.

Dado que la falta de protección judicial afectó el patrimonio de la víctima, la Corte declaró que el Estado había violado el derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 21.1 y 21.2, en relación con los arts. 25.1, 25.2.c., 26 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Muelle Flores.

4. Reparaciones:

La Corte dispuso las siguientes medidas de reparación integral: a) la restitución de la pensión de Muelle Flores, mediante el cumplimiento de las sentencias

definitivas dictadas a nivel interno, lo cual incluye que el Estado debe mantener ininterrumpidamente la atención en salud a través del seguro social ESSALUD, de conformidad con lo establecido en la legislación interna, b) publicar de manera íntegra la sentencia, c) pagar las sumas monetarias fijadas en la sentencia por los conceptos de daño material e inmaterial, pérdida de ingresos pensionarios, reintegro de gastos y costas, y gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas.

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, *Caso Muelle Flores vs. Perú* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 6-3-2019, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la vida. Principio de legalidad y de retroactividad. Derecho a las garantías judiciales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Manuel Martínez Coronado y otra persona fueron acusados de haber asesinado a siete personas el 16 de mayo de 1995 en la aldea El Palmar, Guatemala. En el proceso penal, ambos fueron representados por un defensor de oficio. El 26 de octubre de 1995, el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Chiquimula los declaró responsables de siete delitos de asesinato, y condenó a Martínez Coronado a pena de muerte por inyección letal. El tribunal negó el valor probatorio de la declaración de Martínez Coronado debido a que presentaba notorias contradicciones respecto de la declaración prestada por el otro coimputado, y fundamentó la imposición de la pena en la peligrosidad del acusado. Martínez Coronado interpuso distintos recursos, acciones de amparo contra la sentencia condenatoria y un recurso de gracia que fueron rechazados. El 10 de febrero de 1998, Manuel Martínez Coronado fue ejecutado por medio de una inyección letal.

Al momento de los hechos, el art. 18 de la Constitución de Guatemala reconocía la pena de muerte. Según el art. 132 del Código Penal vigente en 1995, que tipificaba el asesinato, se optaba por la pena de muerte en lugar del máximo de prisión si, “por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente”.

Por otro lado, el art. 95 del Código Procesal Penal, vigente al momento de los hechos, indicaba que “la defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por un defensor común es, en principio, inadmisibile. El tribunal competente, según el período del procedimiento, o el Ministerio Público podrá permitir la defensa común cuando, manifiestamente, no exista incompatibilidad. Cuando se advierta

la incompatibilidad, podrá ser corregida de oficio, proveyendo a los reemplazos necesarios, según está previsto para el nombramiento de defensor”.

Además, el 11 de febrero de 2016 la Corte de Constitucionalidad de Guatemala declaró inconstitucional el segundo párrafo del art. 132 del Código Penal relativo a la peligrosidad del agente como criterio para aplicar la pena de muerte.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala, en perjuicio de Manuel Martínez Coronado, por: la violación del principio de legalidad consagrado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación establecida en su art. 1.1 y 2 de garantizar los derechos reconocidos en la Convención, y por la violación de los arts. 4.1 y 4.2 de la Convención Americana, en relación también con la obligación establecida en su art. 1.1, de garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Además, por la violación del derecho a las garantías judiciales, consagrado en los arts. 8.2.c y 8.2.e de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en su art. 1.1, de garantizar los derechos reconocidos en la Convención.

1. Consideraciones previas:

Manuel Martínez Coronado es la única víctima en el presente caso y no corresponde admitir a sus familiares como víctimas, puesto que no fueron incluidos en el informe de fondo de la comisión y no se presenta ninguna de las excepciones previstas en el art. 35.2 del reglamento de la Corte.

2. Fondo:

2.1. Derecho a la vida y principio de legalidad y retroactividad (arts. 4 y 9 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2):

La Corte resaltó la importancia de proteger el derecho a la vida y señaló que el art. 4 de la Convención Americana establece un régimen claramente restrictivo de la pena de muerte, como se infiere de la lectura de sus numerales 2, 3, 4, 5 y 6. La finalidad que se persigue la prohibición definitiva de la pena de muerte, a través de un proceso progresivo e irreversible en los Estados que han suscrito la Convención Americana. La decisión de un Estado parte —cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado— de abolir la pena de muerte resulta definitiva e irrevocable. La Corte recordó lo señalado en su Opinión Consultiva 3/83 sobre la pena de muerte. Además, destacó los considerandos y arts. 1 y 2 del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, y exhortó a los Estados que aún no han suscrito el Protocolo a suscribirlo y a proscribir esta modalidad de sanción penal, en armonía con la tendencia abolicionista que impera en el sistema universal de protección de los derechos humanos.

También estableció que para determinar la condena de Martínez Coronado se aplicó el art. 132 del Código Penal guatemalteco vigente en ese momento, en el que se regulaba el tipo penal de asesinato. Se condenó a pena de muerte a Martínez Coronado de acuerdo con el segundo párrafo de esa norma, que preveía la aplicación de la pena “si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la

manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente”.

La Corte señaló que en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* ya se había pronunciado sobre la aplicación del art. 132 del Código Penal y el concepto de “peligrosidad futura”. Expuso que el empleo del criterio de peligrosidad del agente, tanto en la tipificación del delito cometido por Martínez Coronado como en la determinación de la sanción correspondiente, resulta incompatible con el principio de legalidad previsto en la Convención Americana.

El examen de la peligrosidad supone una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados. En este caso, la vulneración del principio de legalidad se debía a la indeterminación del concepto de “peligrosidad futura” contenido en el art. 132 del Código Penal, y a la aplicación de la pena de muerte prevista en esa disposición. En consecuencia, la Corte estimó que el Estado es responsable de la violación al art. 9 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Martínez Coronado.

2.2. Derecho a las garantías judiciales (art. 8 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1):

El caso se relaciona con la aducida falta de las garantías mínimas para una adecuada defensa y, por lo tanto, se lo analizó bajo los presupuestos del art. 8.2 de la Convención Americana.

El 18 de mayo de 1995, Martínez Coronado solicitó durante su indagatoria que, en razón de su situación económica, le fuera asignado un defensor de oficio. El mismo letrado que lo representó fue defensor del coimputado de Martínez Coronado. Luego fue sustituido por otro defensor común para los imputados.

La discusión jurídica analizada se refirió a la compatibilidad con la Convención Americana, y particularmente, con el derecho a la defensa de Martínez Coronado, de que el Estado le haya proporcionado una defensa común de oficio a la presunta víctima y a otro coimputado.

La Corte constató que el art. 95 del Código Procesal Penal indica que la defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por un defensor común es, en principio, inadmisibles. El tribunal competente, según el período del procedimiento, o el Ministerio Público podrán permitir la defensa común cuando manifiestamente no exista incompatibilidad. Cuando se advierta una incompatibilidad, podrá ser corregida de oficio, proveyendo a los reemplazos necesarios, según está previsto para el nombramiento de defensor.

La Corte estimó que corresponde al Estado, mediante las autoridades competentes, identificar si existen incompatibilidades y adoptar medidas para garantizar el derecho a la defensa de los coimputados. Este principio es especialmente relevante cuando los imputados pueden enfrentar una condena severa, como la pena de muerte. Por otra parte, que los coimputados hicieran declaraciones inconsistentes en el proceso no demuestra necesariamente una incompatibilidad que impida una defensa común.

No obstante, en el caso, los coimputados presentaron declaraciones contradictorias. La versión de Martínez Coronado defería de la del otro imputado en cuanto a elementos sustanciales de los hechos. Las inconsistencias en las declaraciones de los coimputados debieron haber sido advertidas por la defensa común, que debió haberlas puesto en conocimiento del tribunal a fin de que se nombrara otro defensor, o incluso las autoridades judiciales encargadas de dirigir el proceso deberían haber adoptado medidas pertinentes para garantizar el derecho a la defensa por tratarse de un patrocinio proporcionado por el Estado.

La Corte concluyó que el Estado incumplió su deber de asegurar el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor estatal que garantice al inculpado los medios adecuados para su defensa, en violación de los arts. 8.2.c y 8.2.e de la Convención Americana, dado que la defensa común vulneró los derechos de Manuel Martínez Coronado.

3. Reparaciones:

La sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. Además, la Corte ordenó al Estado publicar la sentencia, pagar la cantidad fijada de indemnización por daños inmateriales y el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Martínez Coronado vs. Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 10-5-2019, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_376_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Derecho a la vida. Derecho a la integridad personal. Derecho a la libertad personal. Derecho al debido proceso. Derecho de defensa. Obligación de respetar los derechos. Derecho a la protección judicial. Obligación de respetar los derechos. Derecho a la integridad personal. Familiares. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: dos ciudadanos paraguayos declararon que el 17 de enero de 2002 habían sido detenidos por hombres armados vestidos de civiles. Afirmaron haber sido golpeados, asfixiados e interrogados sobre el secuestro de una mujer y sobre la organización Patria Libre. Habrían permanecido detenidos hasta el 30 de enero, cuando fueron encontrados en una casa en Villa Elisa,

Paraguay. Tras su liberación, los individuos identificaron como sus captores a diversos agentes estatales.

El Estado tomó conocimiento de la alegada desaparición a través de hábeas corpus interpuestos por los familiares de las víctimas el 19 y el 23 de enero de 2002. Los jueces que conocieron de los recursos libraron oficios al Ministerio del Interior y a la Policía Nacional a fin de que informaran si los individuos estaban detenidos. Tras confirmar que no se tenía constancia de su detención, los hábeas corpus fueron denegados, ya que, además, existía una orden de detención pendiente contra ambos.

Paralelamente, se inició una investigación penal sobre la alegada desaparición y tortura de las víctimas. Se inspeccionó la casa dónde fueron encontrados; se ordenó el allanamiento de la casa donde presuntamente habrían estado detenidos los primeros días; se tomaron declaraciones al ministro del Interior, al ministro de Justicia y Trabajo, al fiscal general, a tres fiscales, al menos a 16 oficiales de policía y se obtuvieron 87 declaraciones de personas que podían tener información al respecto; se llevó a cabo una reconstrucción de los hechos del momento de la presunta detención, así como también del hallazgo, y se realizó un identikit de acuerdo con lo declarado por una de las víctimas. Tras la investigación, se dictó el sobreseimiento definitivo de los imputados y se desestimaron las querellas presentadas, lo que fue confirmado en marzo de 2004 por la Sala Cuarta del Tribunal de Apelaciones en lo Penal.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado de Paraguay no era responsable por la violación de a) los arts. 3, 4, 5 y 7 de la Convención Americana en relación con el art. I.a de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; b) tampoco por la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con su art. 1.1, el art. I.b de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ni de los arts. 1, 6, y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, c) ni por la violación del art. 5 de la Convención Americana en relación con su art. 1.1. Dado que la Corte no declaró la responsabilidad internacional del Estado, tampoco se pronunció sobre reparaciones, costas y gastos.

1. Sobre la alegada violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y reconocimiento de la personalidad jurídica, en relación con la obligación de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte analizó si los hechos expuestos podían ser atribuidos al Estado paraguayo.

Concluyó que el caso no cuadra en la práctica sistemática y generalizada de desapariciones forzadas, persecución política u otras violaciones de derechos humanos.

La mayoría de las pruebas presentadas consistían en declaraciones de las presuntas víctimas y testimonios de oídas que, para ser concluyentes sobre la

responsabilidad internacional del Estado, debían coincidir con otros elementos de prueba. Las investigaciones tomaron en cuenta tanto las declaraciones como los elementos de prueba que demostraron la no participación de las personas identificadas por las presuntas víctimas, y concluyeron que no contaban con elementos suficientes para presentar una denuncia en su contra. Además, en el expediente ante la Corte no obraban elementos adicionales a los examinados por las autoridades internas que demostraran la participación estatal.

Se estimó, entonces, que los indicios presentados resultaban insuficientes para concluir que los individuos hubieran sido privados de la libertad por parte de agentes estatales o con su aquiescencia. Por tanto, se concluyó que el Estado no era responsable de la violación de los arts. 3, 4, 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con el art. I.a de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y de los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

2. La Corte se pronunció, además, sobre la alegada violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención Americana.

En cuanto al deber de iniciar una investigación, se señaló que, dado que el caso no se enmarcaba en un contexto de práctica sistemática y generalizada de desaparición forzada, persecución política u otras violaciones de derechos humanos, una vez recibida la información solicitada por los jueces, no existían motivos razonables para sospechar que las víctimas hubieran sufrido una desaparición forzada. Por otra parte, el caso era público y notorio, y ni bien el Estado tuvo conocimiento de las desapariciones, ordenó la búsqueda del paradero de los individuos con el objeto de poder hacer efectiva la detención. Por tanto, no cabe considerar que las autoridades estatales hubieran incumplido con su obligación de iniciar sin dilación y de oficio la investigación de las desapariciones. Asimismo, tampoco hubo violación del art. 25 de la Convención por la alegada ineffectividad de los hábeas corpus presentados.

En cuanto a la debida diligencia en las investigaciones, consta que las autoridades encargadas de la investigación realizaron múltiples diligencias para indagar lo sucedido. Los representantes presentaron una lista de diligencias que no se habrían realizado en la investigación. Al respecto, se destacó que al menos diecinueve diligencias de las señaladas por los representantes sí se habían llevado a cabo dentro de la investigación, y que otras no se habían cumplido por falta de colaboración de las presuntas víctimas o sus representantes.

Por lo dicho, no resultó posible determinar que las presuntas omisiones señaladas por los representantes y la Comisión resultaran suficientes para configurar la responsabilidad internacional del Estado. La Corte concluyó que el Estado paraguayo no es responsable de la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con su art. 1.1, el art. I.b de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, y los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

3. Por último, la Corte se pronunció sobre la alegada violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las presuntas víctimas consagrado en el art. 5 de la Convención Americana.

La Corte no admitió el reclamo ya que consideró que el Estado no fue partícipe de la alegada desaparición y tortura de los individuos ni violó sus derechos a las garantías y protección judiciales.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Arrom Suburt y otros vs. Paraguay* (fondo), sentencia de 13-5-2019, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_377_esp.pdf.



ÍNDICES

investigaciones

POR PAÍSES

COLOMBIA: 11, 37, 42, 46, 50, 57, 70, 76, 81, 89.

ESTADOS UNIDOS: 201, 204.

ESPAÑA: 31, 60, 94, 131, 193, 196.

ITALIA: 24, 54, 190, 198.

MÉXICO: 26, 107, 118, 122.

PARAGUAY: 58.

PERÚ: 66, 102, 115, 208.

REINO UNIDO: 75.

REPÚBLICA DOMINICANA: 19, 22.

POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 136, 140, 142, 144.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: 215, 221, 224, 228, 231.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 150, 152, 154, 157, 160, 162, 165, 167, 169, 171, 174, 177, 179, 181, 183, 185, 187.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA: 134.

TEMÁTICO

ACCIÓN DE TUTELA: 11.

Principio de subsidiariedad. 11.

AMPARO: 19, 22, 26.

Acción constitucional: 19.

Contra decisiones jurisdiccionales: 26.

Especial trascendencia constitucional: 19.

Habeas data de carácter personal: 22.

Recurso de Revisión constitucional: 19, 22.

DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES:

24, 26, 94.

Confidencialidad de la información genética: 26.

Conflicto con el derecho a la libertad de información: 94.

Libre acceso a los datos e informaciones en poder de las administraciones públicas: 24.

Lucha contra la corrupción en la administración pública: 24.

Obligación de publicar online datos patrimoniales y sobre la renta de los directivos públicos: 24.

Principio de proporcionalidad: 24.

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA: 26.

Derecho a la identidad: 26.

Negativa a practicar pruebas de ADN: 26.

Presunción de paternidad: 26.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 81.

Educación inclusiva de personas en situación de discapacidad: 81.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 26.

Derecho a la identidad: 26.

DERECHO A LA IGUALDAD: 31, 37, 50.

Abuso de la posición dominante: 37.

Derecho a la integridad física: 50.

Derecho de petición: 37.

Discriminación en razón de sexo: 31.

Licencia por paternidad: 31

Protección de las personas en situación de incapacidad: 37.

Resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación de la duración del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad: 31.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: 50, 215, 231.

Derecho a la integridad física: 50.

Responsabilidad internacional del Estado: 215, 231.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 42, 81, 94.

Actuaciones disciplinarias en instituciones educativas: 42.

Alumnos sancionados y expulsados de una escuela militar por realizar actos sexuales dentro de la institución: 42.

Carencia actual de objeto: 81.

Conflicto con el derecho a la libertad de información: 94.

Derecho a la intimidad: 94.

Derecho al debido proceso: 42.

Espacio semiprivado: 42.

Establecimientos educativos: 42.

Publicación de grabaciones de imagen o voz sin autorización del titular: 42.

Publicación de noticias en una hemeroteca digital: 94.

Régimen disciplinario en las escuelas de formación militar: 42.

Publicación de noticias en una hemeroteca digital: 94.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: 70, 221.

Libertad de circulación: 221.

Residencia: 70, 221.

Régimen especial de control de la densidad de población: 70.

Preservación del núcleo familiar: 70.

Principio de proporcionalidad: 70.

Principio de razonabilidad: 70.

Restricciones y alcance: 221.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 221.

Responsabilidad internacional del Estado: 221.

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: 24, 81, 94.

Conflicto con el derecho a la intimidad: 94.

Conflicto con el derecho a la protección de los datos personales: 94.

Conflicto con el derecho al honor: 94.

Conflicto con el derecho al olvido digital: 94.

Derecho al libre acceso a los datos e informaciones en poder de la administración pública: 24.

Habeas data: 81.

Lucha contra la corrupción en la administración pública: 24.

Publicación de noticias en una hemeroteca digital: 94.

Principio de proporcionalidad: 24.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: 215, 231.

Responsabilidad internacional del Estado: 215, 231.

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS: 11.

Carencia actual de objeto por hecho sobreviniente: 11.

Carencia actual de objeto por hecho superado: 11.

Personas privadas de la libertad: 11.

Procedencia para proteger el derecho a la libertad religiosa y de cultos: 11.

Protección del goce efectivo de derechos fundamentales: 11

Relación de especial sujeción con el Estado: 11.

DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA: 224.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: 94.

- Conflicto respecto a la libertad de información: 94.
- Derecho al olvido digital: 94.
- Publicación de noticias en una hemeroteca digital: 94.

DERECHO A LA SALUD: 46, 50, 54, 102.

- Acceso a servicios y medicamentos excluidos del plan de beneficios: 60.
- Afiliación al sistema de seguridad social: 46.
- Carencia actual de objeto por hecho sobreviniente: 46.
- Derecho a la igualdad: 50.
- Derecho a la integridad física: 50.
- Derecho a la vida digna: 50.
- Enfermedad psiquiátrica grave contraída durante la ejecución de la pena: 54.
- Extranjero no regularizado: 46.
- Menores: 50.
- Personas privadas de la libertad: 54.
- Principio de continuidad: 60.
- Principio de integralidad: 60.
- Protección de la salud del medio familiar: 102.
- Trato desigual respecto de las enfermedades físicas: 54.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: 46, 60, 224.

- Acceso a servicios y medicamentos excluidos del plan de beneficios: 60.
- Afiliación al sistema de seguridad social en salud de un extranjero no regularizado: 46.
- Derecho a la pensión: 224.
- Derechohabientes: 58.
- Discapitados: 58.
- Pensión: 58.
- Principio de continuidad: 60.
- Principio de integralidad: 60.
- Responsabilidad internacional del Estado: 224.
- Veteranos de guerra: 58.

DERECHO A LA VIDA: 37, 50, 60, 215, 228, 231.

- Derecho a la vida en condiciones dignas: 37, 50, 60.
- Derecho a la vida privada: 215.
- Derecho a no ser sometido a tortura: 215.
- Prevalencia de derechos fundamentales de personas en situación de discapacidad en conjuntos residenciales: 37.
- Temeridad: 37
- Responsabilidad internacional del Estado: 228, 231.

DERECHO A LA VIVIENDA: 75.

- Fuentes de ingreso: 75.

Madre soltera “sin hogar por voluntad propia”: 75.

Personas sin hogar: 75.

Salvaguardia del bienestar de los menores: 75.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 42, 46, 60, 66, 76, 81, 89, 115, 160, 215, 221, 231.

Acceso a la justicia: 66.

Actuaciones disciplinarias en instituciones educativas: 42.

Alumnos sancionados y expulsados de una escuela militar por realizar actos sexuales dentro de la institución: 42.

Asistencia jurídica gratuita: 60.

Carencia actual de objeto: 81.

Carencia actual por objeto por hecho sobreviniente: 46.

Constitucionalidad de los preceptos legales que imponen a los abogados la obligatoriedad de prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita: 60.

Deber de motivación: 89.

Derecho a la debida motivación de las resoluciones: 66.

Derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas: 115.

Derecho a la tutela judicial efectiva: 60, 66, 221, 224.

Derecho a un proceso equitativo: 160.

Derecho de acceso a un juez independiente e imparcial: 160.

Derecho de defensa: 66, 215, 231.

Derechos de los familiares: 231.

Extranjeros: 76.

Garantías judiciales y protección judicial: 215, 221.

Menores: 81.

Responsabilidad del Ministerio Público: 66.

Responsabilidad internacional del Estado: 221, 224, 231.

Perspectiva de género. Incorporación a las decisiones judiciales y fiscales: 66.

Principio de publicidad: 89.

Proceso administrativo: 76, 81, 89.

Publicación de grabaciones de imagen o voz sin autorización del titular: 42.

Régimen disciplinario en las escuelas de formación militar: 42.

DERECHO AL HONOR: 94.

Derecho al honor: 94.

Conflicto con el derecho a la libertad de información: 94.

Publicación de noticias en una hemeroteca digital: 94.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: 102.

Derecho a la protección de la familia: 102.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA: 215.

DERECHO AMBIENTAL: 107.

Carácter colectivo del medio ambiente: 107.

Control sobre los humedales: 107.

Derecho a un medio ambiente sano: 107.
Interés legítimo para promover un amparo en materia ambiental: 107.
Manglar: 107.
Principio de no regresión: 107.
Principio de participación ciudadana: 107.
Principio de precaución: 107.
Principio in dubio pro natura: 107.

DERECHO DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA: 70, 115, 215.

Derecho a contar con tiempo y medios para preparar la defensa: 221.
Preservación del núcleo familiar: 70.
Principios de razonabilidad y proporcionalidad: 70.
Régimen especial de control de la densidad de población: 70.

DERECHO DE DEFENSA: 115, 215.

Derecho a contar con tiempo y medios para preparar la defensa: 221.
Derecho a la asistencia letrada: 115.
Derecho a las garantías judiciales: 221, 228.
Debida motivación de las resoluciones administrativas: 115.
Extranjero residente: 115.
Garantías judiciales y protección judicial: 215, 221.
Hábeas Corpus: 115.
Presunción de inocencia: 221.

DERECHO DE FAMILIA: 70, 118, 122, 131.

Compensación económica: 118.
Compensación por doble jornada laboral: 122.
Derecho a la unidad familiar: 70.
Divorcio: 118, 122, 131.
Indemnización por daño moral: 122.
Interés superior del menor: 131.
Perspectiva de género: 122.
Preservación del núcleo familiar: 70.
Principio de equidad: 118.
Principio de igualdad: 118.
Violencia intrafamiliar: 122.
Vivienda familiar: 131.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: 162, 190.

Entrega de equipaje. Retraso: 190.
Entrega de equipaje. Resarcimiento: 190.

DERECHO DE REUNIÓN: 215.

Responsabilidad internacional del Estado: 215.

DERECHO DEL TRABAJO: 60, 102, 193, 196.

- Carencia actual de objeto: 102.
- Derecho a un permiso parental: 196.
- Despido por razón de discapacidad: 193.
- Despido por razón de enfermedad: 193.
- Interés superior del menor: 102.
- Lactancia materna: 102.
- Libertad de empresa: 60.
- Libertad de trabajo: 102.
- Licencia por maternidad: 196.
- Perspectiva de género: 193.

DERECHO PENAL: 11, 42, 54, 160, 198, 201, 208.

- Ausencia de formas alternativas de ejecución: 54.
- Condenados por delitos de lesa humanidad: 208.
- Cooperación policial y judicial en materia penal: 160.
- Derecho a un proceso equitativo: 160.
- Enfermedad psiquiátrica grave contraída durante la ejecución de la pena: 54.
- Estupefacientes: 198.
- Indulto por razones humanitarias: 208.
- Orden de detención europea: 160.
- Pena de muerte: 201.
- Pena mínima: 198.
- Penas crueles, inhumanas y degradantes: 201.
- Personas privadas de la libertad: 11, 54.
- Personas privadas de la libertad: libertad religiosa y de cultos: 11.
- Personas privadas de la libertad: relación de especial sujeción con el Estado: 11.
- Protección del goce efectivo de derechos fundamentales: 11.
- Tratos inhumanos o degradantes: 54.
- Valoración de la prueba: 42.

DERECHO PÚBLICO: 204.

- Alcance y validez de las decisiones del Poder Ejecutivo: 204.
- Cuestiones políticas no justiciables: 204.
- Derechos de los inmigrantes: 204.
- Seguridad nacional: 204.

DERECHOS POLÍTICOS: 221.

- Derecho a la participación política: 221.
- Pena de inhabilitación política: 221.
- Responsabilidad internacional del Estado: 221.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: 215, 221, 224, 228, 231.

- Derecho a la integridad personal: 215, 231.
- Derecho a la libertad de expresión: 221.

Derecho a la libertad personal: 215, 231.
Derecho a la seguridad social: 224.
Derecho a la tutela judicial efectiva: 221, 224.
Derecho a la vida: 228, 231.
Derecho a la vida privada: 215.
Derecho a no ser sometido a tortura: 215.
Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: 231.
Derecho al debido proceso: 231.
Derecho de defensa: 215, 231.
Derechos de los familiares: 231.
Derecho de reunión: 215.
Derechos políticos: 221.
Discriminación por razones de género: 215.
Garantías judiciales y protección judicial: 215, 221.
Obligación de respetar los derechos: 231.
Perspectiva de género: 215.
Plazo razonable: 215, 224.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: 122.

Perspectiva de género: 122.
Violencia intrafamiliar: 122.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

DERECHO DE ASILO: 150.

Refugiado palestino registrado ante la UNRWA: 150.
Requisitos para el reconocimiento: 150.

DERECHO A LA INTEGRIDAD: 134.

Datos personales: 134.
Datos personales – Acceso parcial: 134.
Datos personales - Denegación de acceso a los documentos: 134.
Datos personales - Necesidad de la transmisión de los datos: 134.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 134.

Datos personales – Acceso parcial: 134.
Datos personales – Carga administrativa excesiva: 134.
Datos personales - Denegación de acceso a los documentos: 134.
Dietas de los miembros del Parlamento Europeo: 134.

DERECHO A LA LIBERTAD: 136.

Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos: 136.
Revisión en breve plazo de la legalidad de la detención: 136.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 136.

Prohibición de abuso de derecho: 136.
Derogación en caso de estado de excepción: 136.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: 134.

- Acceso parcial: 134.
- Carga administrativa excesiva: 134.
- Denegación de acceso a los documentos: 134.
- Necesidad de la transmisión de los datos: 134.
- Obligación de motivación: 134.
- Protección de datos personales: 134.

DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: 154.

- Asilo: 154.
- Control de fronteras: 154.

DERECHO A LA SALUD: 140.

- Contaminación ambiental: 140.

DERECHO A LA SEGURIDAD: 136.**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:** 157.

- Determinación de la legislación aplicable: 157.
- Seguridad social de los trabajadores migrantes: 157.

DERECHO A LA VIDA: 140.

- Contaminación ambiental: 140.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 140, 142, 150, 157.

- Derecho a un recurso efectivo: 140, 150.
- Derecho a un juicio justo: 142.
- Derecho a un proceso equitativo: 157.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 140, 142, 179.

- Conexión a internet accesible a un familiar: 179.
- Contaminación ambiental: 140.

DERECHO AMBIENTAL: 140, 188.

- Contaminación ambiental: 140.
- Recurso por incumplimiento del Estado: 188.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: 162, 165, 187.

- Agricultura: 162.
- Concepto de consumidor medio: 162.
- Contrato celebrado a distancia: 165.
- Denominación de origen protegida (DOP): 162.
- Derecho de desistimiento: 165.
- Derecho de desistimiento, excepciones: 165.
- Transporte aéreo: 187.

DERECHO DEL TRABAJO: 167, 169, 171, 174.

- Carga de la prueba: 174.
- Derecho a vacaciones anuales retribuidas: 171.
- Discriminación por motivos religiosos: 167, 169.
- Discriminación por razón de sexo: 174.
- Igualdad de trato en el empleo y la ocupación: 169, 174.
- Ordenación del tiempo de trabajo: 171.
- Política social: 171.
- Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores: 174.
- Riesgos en el trabajo, medidas de prevención: 174.
- Trabajadora en período de lactancia: 174.
- Trabajo nocturno: 174.

DERECHO PENAL: 144, 157.

- Cooperación judicial y policial: 157.
- Derecho a la dignidad humana: 144.
- Derecho de acceso a un juez independiente e imparcial: 157.
- Orden de detención europea: 157.
- Reclusión perpetua: 144.
- Revisión de la pena: 144.

DERECHOS DE AUTOR: 177, 179, 183.

- Concepto de obra: 183.
- Comunicación: 177.
- Derechos afines: 179, 183.
- Derechos de autor en la sociedad de la información: 177, 183.
- Derechos de reproducción: 183.
- Fotografía: 177.
- Indemnización: 179.
- Propiedad intelectual: 179, 183.
- Público nuevo: 177.
- Sabor de un alimento: 183.

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS: 150, 154, 157, 185.

- Asilo: 150.
- Derecho a la reagrupación familiar: 154.
- Prohibición de entrada en el territorio: 154.
- Reconocimiento de cualificaciones profesionales: 185.
- Seguridad social de los trabajadores migrantes: 157.

PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: 150, 152, 154, 157, 160, 162, 165, 167, 169, 171, 174, 177, 179, 181, 183, 185, 187.

- Asilo: 150.
- Ciudadanía de la Unión Europea: 152.
- Contratación pública: 181.

Derecho a la reagrupación familiar: 154.
Derechos de autor: 177, 179, 183.
Derechos de los ciudadanos a circular libremente: 152.
Derecho de los consumidores: 162, 165, 187.
Derecho del trabajo: 167, 169, 171, 174.
Derecho a un proceso equitativo: 160.
Derecho a un recurso efectivo: 150.
Libertad de establecimiento: 181.
Reconocimiento de títulos: 185.
Solicitud de residencia: 152.



