

# *investigaciones*



2 [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](mailto:referencia.extranjera@csjn.gov.ar)

Sitio Web: [www.csjn.gov.ar/dbre/investig.html](http://www.csjn.gov.ar/dbre/investig.html)

investigaciones 2[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 2[2020]

SUMARIO  
-Buenos Aires, 2020. Año XXIV-

Secciones	Páginas
JURISPRUDENCIA .....	9/207
ÍNDICES .....	209/221

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



# JURISPRUDENCIA

*investigaciones*



**Derecho a la educación. Educación religiosa. Derecho a la libertad de culto. Cláusula del Libre Ejercicio de la religión contenida en la Constitución Federal. Colisión con una Constitución estadual. Asistencia del Estado a través de programas tributarios. Prohibición de discriminación. Aplicación de un escrutinio estricto. Resoluciones. Interpretación. (Estados Unidos).**

**Antecedentes del caso:** el Poder Legislativo del estado de Montana sancionó un programa por el que se autorizaba al Gobierno estadual a otorgar beneficios fiscales a quienes realizaran donaciones a determinadas organizaciones que, a su vez, asignaran becas escolares para colegios privados. A fin de articular las disposiciones de ese programa con la norma de la Constitución de Montana que prohíbe al Gobierno otorgar subsidios a instituciones educativas “controladas total o parcialmente por alguna religión, secta o confesión religiosa” (art. X.6.1), la Agencia de Ingresos Públicos del estado emitió la Resolución n.º 1, que prohibía a las familias utilizar las becas en escuelas religiosas. En consecuencia, tres madres, que no pudieron utilizar los fondos de las becas para abonar las matrículas de sus hijos del colegio Stillwater Christian School, demandaron a la Agencia de Ingresos Públicos ante los tribunales estaduales. Argumentaron que la Resolución n.º 1 las discriminaba por sus opiniones religiosas y por la naturaleza religiosa de la escuela que habían elegido.

El tribunal de primera instancia ordenó dejar sin efecto la Resolución n.º 1.

La Suprema Corte de Montana revocó la sentencia. Sostuvo que el programa, sin la modificación establecida por la Resolución n.º 1, subsidiaba a los colegios religiosos y violaba la disposición de la Constitución de Montana que prohibía la asistencia gubernamental. Además, declaró que esa violación exigía anular todo el programa.

Los accionantes presentaron un *writ of certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

**Sentencia:** la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos revocó la sentencia y devolvió las actuaciones para que se dictara un nuevo fallo.

La aplicación de la norma que prohíbe al Gobierno de Montana subsidiar a cierta clase de colegios discriminó a las escuelas religiosas y a las familias cuyos hijos asisten o esperan asistir a esas instituciones en violación de la Cláusula del Libre Ejercicio de la religión de la Constitución Federal.

1. La Cláusula del Libre Ejercicio “protege a los observadores religiosos contra el trato desigual” y contra las “leyes que imponen restricciones especiales sobre la base del estatus religioso” (ver *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 U. S. —2017—). En el precedente *Trinity Lutheran*, la Corte Suprema consideró que descalificar a quienes de otro modo serían elegibles para obtener un beneficio público “únicamente por su carácter religioso” imponía “una sanción al libre ejercicio de la religión que da lugar al más estricto escrutinio” (*Id.*). En este caso, la aplicación de la manda constitucional del estado de Montana que prohíbe la asistencia gubernamental

excluye a las escuelas religiosas de los beneficios públicos únicamente por motivos religiosos. Como resultado, se aplica un escrutinio estricto.

2. En oposición a lo que la Agencia de Ingresos Públicos aduce, este caso no se rige por los lineamientos del precedente *Locke v. Davey*, 540 U. S. 712 —2004—. En *Locke*, a la parte actora le fue denegada una beca “debido a lo que él se proponía hacer: utilizar los fondos de la beca a fin de capacitarse para el ministerio”, una iniciativa esencialmente religiosa (ver *Trinity Lutheran*, 582 U. S.). En sentido contrario, la disposición de la Constitución de Montana no se centra en ningún curso de instrucción esencialmente religioso, sino que prohíbe la subvención estatal a una escuela religiosa “simplemente por lo que es”, una escuela religiosa (*Id.*). En el caso *Locke* también se invocó un interés estatal “histórico y sustancial” para no financiar la capacitación del clero (ver 540 U. S., p. 725), pero ninguna tradición comparable sirve de apoyo a la decisión de Montana de negar a las escuelas religiosas la asistencia del estado.

3. El enfoque alternativo propuesto implica un análisis laxo caso por caso, lo que resulta inconsistente en relación con el antecedente *Trinity Lutheran*. Las garantías de la Cláusula del Libre Ejercicio no dependen de un análisis diverso caso por caso sobre si la discriminación contra los adherentes religiosos serviría a intereses difusos.

4. A fin de satisfacer un escrutinio estricto, la acción del Gobierno “debe promover intereses del más alto orden y debe abocarse rigurosamente a la persecución de esos intereses” (ver *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U. S. 520, p. 546 —1993—). El interés del estado de Montana en crear una separación mayor entre el Estado y la Iglesia de lo que la propia Constitución Federal exige “no puede ser considerado convincente” frente a la vulneración de la Cláusula del Libre Ejercicio en este caso (ver *Trinity Lutheran*, 582 U. S.). La afirmación de la Agencia de Ingresos Públicos de que la prohibición de asistencia en realidad promueve la libertad religiosa es ineficaz, ya que una infracción a los derechos reconocidos en la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos no puede justificarse por el enfoque alternativo de un estado de que la infracción promueve la libertad religiosa. Las razones esgrimidas por la agencia son particularmente poco convincentes debido a que en este caso la violación no solo pesa ampliamente sobre las escuelas religiosas, sino también sobre las familias cuyos hijos asisten a ellas. La Agencia de Ingresos Públicos sugiere que la disposición que no autoriza la asistencia gubernamental protege la educación pública, pues garantiza que los subsidios del estado no se desvíen a las escuelas privadas. Sin embargo, ese interés no justifica una norma que demande solo a las escuelas privadas religiosas el esfuerzo para soportar su peso.

5. Dado que la Cláusula del Libre Ejercicio prohibió la aplicación de la norma de no asistencia en este caso, la Suprema Corte de Montana no tenía autoridad para anular el programa sobre la base de esa disposición. La Agencia de Ingresos Públicos aduce que la decisión de invalidar todo el programa impidió una violación del libre ejercicio de la religión, pero el organismo soslayó el error inicial de la Suprema Corte de Montana sobre la ley federal. Si la Suprema Corte de Montana hubiese reconocido que la aplicación de la disposición de no asistencia estaba prohibida por

la Cláusula del Libre Ejercicio, no habría tenido basamento legal para dejar sin efecto el programa. La Suprema Corte de Montana estaba obligada a ignorar la norma que prohibía la asistencia estatal y a resolver este caso de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Federal.

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS,** *Espinoza Et Al. v. Montana Department Of Revenue Et Al.*, sentencia del 30-6-20, en [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1195\\_g314.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1195_g314.pdf).



**Derecho a la educación. Estudiante embarazada. Medidas discriminatorias. Vulneración por denegación de cupo. Protección durante el embarazo y después del parto. Manual de convivencia: inaplicación por ser contrario a la Constitución y obstaculizar la educación de una estudiante embarazada. Derecho a la intimidad. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. (Colombia).**

**Antecedentes del caso:** en 2018, una estudiante, culminó el décimo grado en el Instituto Educativo Aprender y también el primer año del programa técnico en finanzas y operaciones comerciales, que ofrece esa institución en alianza con el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo. En enero de 2019, Rocío, su madre, concurrió al Instituto Educativo Aprender para inscribir a Isabel que en ese momento estaba embarazada. La rectora del instituto le recordó a Rocío, verbalmente, que el manual de convivencia prohibía a los alumnos tener noviazgos y realizar manifestaciones amorosas y le explicó que la estudiante no iba a obtener el cupo escolar, porque debía empezar las prácticas académicas en el SENA y ello implicaría tener que entregar al bebé a otra persona para su cuidado, lo que, según la rectora, daría lugar a un trato irresponsable respecto de su hijo. Rocío presentó dos escritos para lograr la inscripción, pero uno fue rechazado y el otro no fue respondido.

En febrero de 2019, Rocío interpuso un amparo constitucional. Solicitó la protección de los derechos fundamentales de petición, libre desarrollo de la personalidad, educación e intimidad de su hija, los cuales consideró vulnerados por la decisión del Instituto Educativo Aprender de negarle el cupo escolar en razón de su embarazo. Pidió que se expidiera una orden para matricularla y que no se impidiera su ingreso a la institución educativa.

En marzo de 2019, el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali decidió rechazar el amparo. Consideró que no se había probado que la denegación del cupo estuviera motivada por el embarazo. La actora apeló.

En abril de 2019, en segunda instancia, el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali confirmó la decisión de primera instancia.

La Sala de Selección 6 de la Corte Constitucional de Colombia escogió el caso para su revisión.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Colombia confirmó parcialmente las sentencias, pues declaró la ausencia de legitimación pasiva de la Secretaría de Educación Municipal de Cali y resolvió que existía un hecho superado respecto del derecho de petición. Asimismo, revocó las sentencias, que denegaron el amparo y, en su lugar, tuteló los derechos a la educación, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de Isabel.

Ordenó a la rectora del Instituto Educativo Aprender, o a quien correspondiera, que matriculara a Isabel y gestionara con el SENA que la joven iniciara el segundo año del programa técnico en finanzas y operaciones comerciales. Señaló que esta medida debía cumplirse en caso de que con anterioridad no hubiera ocurrido y siempre que la accionante no manifestara su voluntad en otro sentido.

Dispuso que los directivos del Instituto Educativo Aprender debían modificar su manual de convivencia —concretamente las cláusulas contenidas en los numerales 8 y 28 del art. 13— en un sentido acorde con los mandatos constitucionales, en especial con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. Las modificaciones deberán ser producto de una construcción colectiva de toda la comunidad educativa y deberán respetar las garantías del debido proceso. Además, ordenó que, mientras durara el proceso de modificación, no podrían ser aplicadas las mencionadas cláusulas. Finalmente, decidió comunicar lo resuelto a la Secretaría Municipal de Educación de Cali con el propósito de que verificara su cumplimiento, sin perjuicio de la competencia principal del juzgado de primera instancia.

1. La Corte Constitucional observó que la accionante había cuestionado la omisión de respuesta del instituto educativo. Dada la ausencia de respuesta al tiempo de interponer la acción de amparo, le asistía razón. Sin embargo, la respuesta tuvo lugar en fecha posterior. Por ello, la Corte Constitucional confirmó la decisión de los jueces de instancia, en relación con la declaratoria de la existencia de un hecho superado, respecto de la solicitud de amparo formulada frente al derecho de petición.

2. La Corte Constitucional advirtió una controversia en cuanto a los hechos que habían generado la presunta vulneración de derechos que se discutían por vía de tutela. Por una parte, la actora aseguró que no había podido matricular a su hija en la institución educativa demandada, dado que, al intentar hacerlo, la rectora le había manifestado que la estudiante no iba a obtener el cupo escolar porque debía empezar las prácticas académicas en el SENA y ello implicaría tener que entregar al bebé a otra persona para su cuidado, lo que daría lugar a un trato irresponsable respecto de su hijo. Asimismo, le recordó verbalmente que el manual de convivencia prohibía

tener noviazgos dentro y fuera de la institución. Por otra parte, la rectora del instituto aseveró que la negativa a la matriculación obedecía a que la actora no había pagado la matrícula de 2019 en las fechas acordadas.

La Corte Constitucional advirtió dos circunstancias que no permitían tener por ciertas las explicaciones de la accionada. La primera es que el otro hijo de la actora sí fue matriculado. No se logró justificar por qué, si la razón para no darle un cupo a Isabel fue el incumplimiento de las fechas límite para el pago de la matrícula, ello no fue impedimento para inscribir al otro hijo. La segunda es que la Fundación Unidos presentó una solicitud de cupo para que Isabel pudiera cursar el grado once en esa institución, lo que demuestra que, desde antes de cumplirse el plazo establecido para el cierre del inicio académico de los cursos, existió una manifestación relacionada con la garantía del ingreso y continuidad en el colegio, en la que se cuestionó la suspensión decretada en el proceso educativo por el embarazo de la entonces menor de edad.

Por lo dicho, el tribunal concluyó que la razón por la cual no se permitió la matrícula de Isabel no estaba relacionada con las fechas preestablecidas para el cierre de la matrícula, ni con el estado de las deudas. De acuerdo con las circunstancias de caso, el único motivo que justificaba la decisión cuestionada era el estado de embarazo de Isabel, al margen de que se tratara o no de la imposición de una sanción por el incumplimiento de la prohibición de tener noviazgos dentro y fuera de la institución, ya que en el proceso no se probó que haya existido un procedimiento sancionatorio para determinar la comisión de una falta reglamentaria.

La institución educativa demandada desconoció el derecho a la educación de Isabel, pues con su comportamiento le impidió finalizar su formación media y culminar el programa técnico en finanzas y operaciones comerciales que estaba cursando en la misma institución en convenio con el SENA. El hecho de no permitir la matrícula de Isabel, incluso de forma extemporánea, cuando podía hacerlo, como ocurrió en el caso del otro hijo de la actora, la privó de su derecho a continuar formándose para ejercer el oficio que en el futuro elija, así como de acceder al conocimiento que requiere en esta etapa de su vida.

Además, también se desconocieron sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. El impedimento de proseguir con sus estudios impactó en la decisión vital y personal de Isabel de ser madre, lo cual impuso un límite a sus derechos que no podía justificarse por proteger el derecho de los demás, sino que se basó en apreciaciones de lo que, a juicio de la rectora, debería ser un modelo de vida socialmente aceptable.

Por lo dicho, la Corte Constitucional revocó las decisiones de las instancias que habían negado el amparo pretendido y, en su lugar, tuteló los derechos de Isabel a la educación, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Ordenó al Instituto Educativo Aprender a matricular a Isabel para cursar el grado once en el año lectivo 2020, en caso de que la accionante no manifestara su voluntad en otro sentido. Por otra parte, el tribunal advirtió que lo ordenado no eximía a los padres de cumplir con su deber de pagar la matrícula de acuerdo con el contrato suscrito con el instituto.

**3.** De acuerdo con lo informado por la rectora de la institución demandada, Isabel no podía continuar con el programa técnico en finanzas y operaciones

comerciales que estaba cursando por la suspensión de sus estudios de bachillerato. Por esta razón, la Corte Constitucional vinculó al proceso al SENA, que informó que, por la naturaleza de la articulación entre la educación que imparte y la educación media (simultaneidad de la educación con la formación técnica), no eran aplicables las situaciones de aplazamiento y reingreso.

Ante este panorama, la única razón que expuso el SENA para justificar el no aplazamiento de la formación técnica de Isabel es la simultaneidad que debe existir entre esta y la educación media. Dado que la estudiante suspendió no solo el segundo año del programa técnico en finanzas y operaciones comerciales, sino también el curso del último grado de educación media, no existe justificación válida que explique por qué —a pesar de la orden dispuesta en la sentencia que asegura su continuidad en el proceso educativo— no podría continuar simultáneamente estos dos estudios en 2020. Por eso, la Corte Constitucional también ordenó al instituto demandado que realizara las gestiones necesarias, en coordinación con el SENA, para que Isabel pudiera reanudar el programa técnico.

4. La Corte Constitucional también se pronunció sobre el manual de convivencia. Observó que incluía los siguientes deberes, cuyo incumplimiento provocaba una falta: “Evitar el exhibicionismo de manifestaciones amorosas (abrazos, besos, caricias, tomarse de las manos, entre otras)” y “Para garantizar el buen orden y proyección estudiantil ningún estudiante deberá sostener relaciones amorosas o noviazgos, dentro ni fuera de la institución, habiéndose informado antes de ingresar al colegio”.

Al respecto, el tribunal advirtió que estas dos disposiciones podrían ser contrarias a los derechos fundamentales de los estudiantes.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se manifiesta en la libertad de cada persona para elegir un plan de vida sin interferencias que afecten sus ideales de existencia, así como para escoger un modelo de personalidad que refleje sus intereses, deseos y convicciones, sin más limitaciones que las que impongan el orden jurídico y los derechos de los demás. Por su parte, el derecho a la intimidad garantiza que la persona tenga un espacio restringido, no susceptible de interferencia arbitraria de terceros y en el que pueda actuar libremente, sin más restricciones —al igual que en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad— que los derechos de los demás y el orden jurídico.

Por eso, la cláusula del manual de convivencia que prohíbe tener noviazgos dentro y fuera del plantel vulnera los derechos al libre desarrollo de la personalidad e intimidad de los estudiantes. En efecto, la Corte Constitucional advirtió que las relaciones amorosas formaban parte de la vida privada de cada persona y no pueden ser censuradas por su mera existencia. La decisión de tenerlas es una expresión de la autonomía del individuo, quien escoge, de manera libre y por el tiempo que determine, si estar acompañado sentimentalmente o no. La citada cláusula desconoce que, en su condición de seres humanos, por naturaleza sociables, los estudiantes pueden instaurar relaciones afectivas con el fin de alcanzar ideales de felicidad o suplir necesidades de afecto y compañía.

Ahora bien, en cuanto a la disposición que establece la prohibición de realizar exhibiciones amorosas como “abrazos, besos, caricias, tomarse de las manos, entre

otros”, la Corte Constitucional consideró que, en virtud de su amplia formulación y su carácter indeterminado, desconocía los derechos al libre desarrollo de la personalidad e intimidad de los estudiantes. Un centro educativo se rige por reglas de comportamiento, cuyo incumplimiento puede, llegado el caso, conllevar sanciones disciplinarias. Sin embargo, existen algunas actuaciones y actividades, como lo son, en principio, las manifestaciones amorosas, que solo les interesan a las personas que las desarrollan y que únicamente pueden ser limitadas cuando afectan los derechos de terceros o atentan contra el orden jurídico. En el manual de convivencia del Instituto Educativo Aprender no se diferencian los escenarios en los que pueden tener lugar las manifestaciones amorosas. Esta distinción resulta trascendental para proteger los derechos fundamentales de los alumnos. En efecto, las manifestaciones que se restringen en el manual son las que se llevan a cabo materialmente en la institución. Sin embargo, este tipo de conductas en un colegio no atentan contra los derechos de los demás y, en principio, no entorpecen la actividad académica, ya que forman parte de la vida privada de los alumnos. Por lo tanto, un establecimiento educativo solo puede sancionar estas manifestaciones si afectaran el orden jurídico. Lo contrario implicaría desconocer la prohibición que tienen los colegios, a través de sus manuales de convivencia, de irrumpir en el derecho a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad de sus estudiantes.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional determinó que esta norma debía reformarse, en el sentido de condicionar la falta que acarrea el incumplimiento de este deber al tiempo, modo y lugar en que se desarrollara y a que afectara el proceso educativo interno de la institución. Así, no puede compararse una manifestación en las horas de descanso y que, por su forma de expresión, no afecte los derechos de terceros, con aquella que puede presentarse en un salón de clases en medio de una actividad académica o cultural.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades del instituto que liderasen un proceso de modificación del manual de convivencia —concretamente de las cláusulas contenidas en los numerales 8 y 28 del art. 13— en un sentido acorde con los mandatos constitucionales, en especial con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. Este proceso de modificación deberá regirse por las garantías del debido proceso y deberá contar con la participación de toda la comunidad educativa. Además, dispuso que, mientras se realizara este proceso de modificación, no podrían aplicarse las dos cláusulas que fueron analizadas, dado que desconocían los derechos fundamentales de los estudiantes.

Por último, ordenó remitir copia de la sentencia a la Secretaría Municipal de Educación de Cali con el propósito de que verificara su cumplimiento, sin perjuicio de la competencia principal del juzgado de primera instancia.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Tercera de Revisión**, acción de tutela instaurada por la señora Rocío, en representación de Isabel, contra el Instituto Educativo Aprender y otros, sentencia T-085/20 del 28-2-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-085-20.htm>.



## **Derecho a la educación. Idioma en peligro de extinción. Programa de inmersión en idioma hawaiano en escuelas públicas. Constitución estadual. Obligación del Estado de preservar la cultura, la historia y el idioma de Hawái. (Estados Unidos).**

**Antecedentes del caso:** en 2013, Chelsa-Marie Kealohalani Clarabal se trasladó a la isla de Lanai, en Hawái, con su marido y sus dos hijas, a las que inscribió en la escuela pública.

Pese a que Clarabal es nativa de Hawái, en su casa se habla inglés. A su abuela le habían aconsejado no hablar ni enseñar el idioma hawaiano (ōleloHawai'i) a sus hijas, aun cuando su bisabuela lo hablaba fluidamente.

Dado que para la identidad cultural de Clarabal resulta fundamental que sus dos hijas aprendan el idioma de sus ancestros, cuando residían en Maui las había inscripto en el Kaiapuni Educational Program (un programa iniciado en 1987 que ofrece a los estudiantes educación en idioma, historia y cultura hawaianos). Cuando las niñas comenzaron el año lectivo 2013-2014 en Lanai, tuvieron dificultades porque solo leían y escribían en hawaiano. Por esa razón, Clarabal solicitó a la escuela que asignara un asistente para una de sus hijas, luego de que fuera reprendida por responder en hawaiano en una tarea escrita.

Clarabal se reunió con el director de la escuela y un grupo de personas para promover la creación de un programa de inmersión en idioma hawaiano, y, en abril de 2014 fue informada de que su hija menor había sido aceptada para participar en la primera clase, que sería impartida el año siguiente. No obstante, al comenzar el año lectivo 2014-2015, no solo no se dictó el curso, sino que el director mismo y varios maestros suplentes debieron impartir las clases porque la escuela no contaba con un plantel docente permanente.

Entonces, en octubre de 2014, Clarabal promovió una demanda ante el Tribunal de Circuito para el Primer Circuito, en su propio nombre y en el de sus hijas, contra el Departamento de Educación de Hawái, el Consejo de Educación y los funcionarios públicos de este organismo (en adelante, “el estado”). Solicitó el dictado de una declaración que indicara que la falta de un programa de inmersión en idioma hawaiano y de un plantel docente estable en Lanai implicaba una violación de los derechos que la Constitución de Hawái garantizaba a sus hijas. Asimismo, reclamó la emisión de un dictamen que exigiera al estado desarrollar un plan para implementar un Kaiapuni Educational Program y garantizar un plantel docente estable en la escuela de Lanai. Concretamente, en el punto 2 de su demanda, Clarabal alegó que el estado había incumplido su deber impuesto por el art. X, sección 4, de la Constitución de Hawái de brindar un programa de inmersión en idioma hawaiano en las escuelas públicas.

En febrero de 2016 el estado solicitó que la cuestión se resolviera parcialmente de puro derecho en relación con todos los puntos de la demanda de Clarabal. Con respecto al punto 2, el estado argumentó que el art. X, sección 4 de la Constitución no garantiza *per se* el derecho a un curso de inmersión en idioma hawaiano. Asimismo,

sostuvo que las actas de la Convención Constitucional de 1978 (Convención) sugieren que, con ese artículo, los delegados se proponían preservar y perpetuar la cultura hawaiana e integrar la historia, la cultura y el idioma locales al plan de estudios de las escuelas públicas, donde las clases se dictan en inglés.

Por otra parte, el estado consideró que las clases habituales de historia de Hawái, así como las complementarias de idioma, cultura e historia locales, eran suficientes para captar el interés de los estudiantes y alentarlos a tomar clases optativas de idioma hawaiano y, de este modo, revitalizan la lengua, tal como lo entendían los delegados a la Convención. El estado concluyó que las clases cumplían con la obligación exigida por el art. X, sección 4, de brindar un programa educativo en hawaiano en las escuelas públicas.

Dos meses después, Clarabal también solicitó que la cuestión se resolviera parcialmente de puro derecho en relación con todos los puntos de su demanda y solicitó que el tribunal declarara que el estado tenía el deber y la obligación de brindar a sus hijas un programa de inmersión en idioma hawaiano. Clarabal sostuvo que el historial de la Convención indicaba que los delegados consideraban que el art. X, sección 4, exigía que el estado brinde un “programa educativo hawaiano global” a fin de revitalizar el idioma hawaiano. Además, adjuntó a su presentación una serie de opiniones de académicos especializados en lingüística y estudios hawaianos. Por ejemplo, el profesor de Lingüística de la Universidad de Hawái, William O’Grady, sostuvo que, para la UNESCO, el idioma hawaiano está en grave peligro, por lo que resultaba necesaria una acción inmediata para prevenir su extinción. En opinión de O’ Grady, la única acción real para revitalizarlo son los programas escolares de inmersión, en los que los niños tienen la oportunidad de escuchar y utilizar la lengua durante varias horas por día. Consideró que “el modesto programa de formación” brindado en la escuela de Lanai no resultaba suficiente y que ofrecer un programa de inmersión era lo mínimo que se podía hacer para proteger el idioma. Por otra parte, según el profesor Stanley H. “Ki’ope” Raymond II, el resurgimiento del idioma hawaiano se produjo cuando se implementó el Kaiapuni Educational Program en las escuelas públicas, y los programas de inmersión en idioma hawaiano son absolutamente necesarios para garantizar la preservación del idioma para las generaciones futuras.

El Tribunal de Circuito resolvió la cuestión a favor del estado. Entonces, Clarabal recurrió ante la Suprema Corte de Hawái.

**Sentencia:** la Suprema Corte de Hawái confirmó la decisión del Tribunal de Circuito en contra de la solicitud de Clarabal respecto al deber y la obligación del estado de brindar a sus hijas un programa de inmersión en idioma hawaiano. Asimismo, reenvió las actuaciones al Tribunal de Circuito para que determine si el estado había tomado todas las medidas razonables para permitir que las hijas de Clarabal accedieran a una inmersión en idioma hawaiano.

Clarabal alegó que el Tribunal de Circuito había incurrido en error al resolver la cuestión a favor del estado, toda vez que el art. X, sección 4, de la Constitución de Hawái obliga al estado a brindar un programa de inmersión en idioma hawaiano a

sus hijas. En efecto, ese artículo reza: “El estado promoverá el estudio de la cultura, la historia y el idioma hawaianos. Establecerá un programa educativo para el estudio del idioma, la cultura y la historia de Hawái en las escuelas públicas. La utilización de los conocimientos de la comunidad será promovida como medio adecuado y esencial para apoyar el programa educativo hawaiano”.

Por su parte, el estado consideró que la norma no se refiere directamente a la educación en idioma hawaiano, sino que simplemente alude al “programa educativo hawaiano”. Por ello, argumentó que el art. X, sección 4, solo exige que el estado brinde a los alumnos de las escuelas públicas “cierta enseñanza y contacto con el idioma, la historia y la cultura de Hawái”. La modalidad con la que los alumnos son puestos en contacto con esos estudios no es una decisión justiciable, sino que está librada a la discreción del estado. Sostuvo que los cursos y la formación que en ese momento se ofrecían en la escuela de Lanai eran suficientes para cumplir con sus obligaciones.

La Suprema Corte consideró que los dos primeros incisos del art. X, sección 4, están formulados en términos muy generales. El primero obliga al estado a promover el estudio de la cultura, la historia y el idioma hawaianos. El segundo le exige brindar un programa de educación hawaiana en las escuelas públicas que incluya el idioma, la cultura y la historia. Los incisos no detallan los métodos que el estado debe utilizar para alcanzar esos objetivos ni formulan expresamente que el estado deberá establecerlos. Más bien, los redactores del artículo pretendían garantizar a los alumnos la oportunidad de estudiar el idioma, la historia y la cultura de Hawái a fondo y extensamente.

La Convención Constitucional de 1978 fue convocada durante el Renacimiento hawaiano, un momento de renovado interés por la cultura local tras un largo período en el que el aprendizaje del idioma y de la historia de Hawái en las escuelas era, en el mejor de los casos, muy pobre, esporádico e incompleto, y, en el peor de ellos, era desalentado o estaba prohibido. Los delegados se proponían expresamente corregir los efectos duraderos de la campaña de supresión que había privado a sus familias y a ellos mismos de la oportunidad de dominar el *ōleloHawai’i*. El delegado Kaapu, por ejemplo, había relatado la historia de su padre, que asistía a una escuela en la que estaba prohibido hablar el idioma hawaiano, y había explicado que en su propia infancia no había podido aprenderlo y que su hijo estaba aprendiéndolo por su cuenta con la ayuda de un libro.

En opinión de la Suprema Corte, la posición adoptada por el estado resulta incompatible con la intención de los redactores de la Constitución. En efecto, según el estado, podría suprimirse por completo el Kaiapuni Educational Program, y se podría cumplir con las obligaciones constitucionales mediante un programa que resulta indiscutiblemente inadecuado para revitalizar y preservar el *ōleloHawai’i*. En efecto, los delegados a la Convención adoptaron el art. X, sección 4, precisamente para prevenir esa consecuencia. Sin embargo, ellos no pretendían que los requerimientos del programa fueran definidos solamente por disposiciones legislativas. Entendían que son los tribunales, y no la legislatura, los intérpretes finales de la Constitución. Además, carecían del beneficio de las investigaciones académicas posteriores sobre la revitalización de los idiomas y es probable que no hayan anticipado los objetivos

de un programa educativo hawaiano razonablemente establecido para preservar el idioma hawaiano en las circunstancias actuales.

El estado sostuvo que formar a los alumnos en idioma, cultura e historia de Hawái a través de clases y formación como las que se imparten actualmente en la escuela de Lanai puede fomentar el interés de los alumnos en el idioma hawaiano e inducir a alguno de ellos a buscar formación adicional, de manera de generar una revitalización del *ōlelo Hawai'i*. Sin embargo, según la Suprema Corte esta afirmación no se sustenta en las pruebas del proceso. Por ello, el Tribunal de Circuito cometió un error al resolver la cuestión a favor del estado en relación con el punto 2 de la demanda de Clarabal.

La Suprema Corte consideró que el estado debería actuar con el propósito de revitalizar y preservar el idioma y la cultura hawaiana a la hora de decidir si es razonable dar pasos ulteriores para brindar un programa de inmersión en idioma hawaiano. Se podría incluir, por ejemplo, la provisión de mayores incentivos financieros o de otro tipo para atraer docentes a Lanai, proporcionarles transporte para que viajen a Lanai, trabajar mancomunadamente con miembros de la comunidad que conozcan el *ōlelo Hawai'i* y modificar los días u horas de clase para que los maestros puedan acomodar su disponibilidad. En fin, según la Suprema Corte, toda alternativa razonable debe ser tomada en consideración para determinar si el programa de inmersión en idioma hawaiano es factible, y si el estado está constitucionalmente obligado a tomar medidas para brindarlo a las hijas de Clarabal.

**SUPREMA CORTE DEL ESTADO DE HAWÁI**, *Chelsa-Marie Kealohalani Clarabal, individually and as next friend of C.M.K.C. and C.M.M.C., minors, Plaintiff-Appellant, vs. Department of Education of the State of Hawai'i, Board of Education of the State of Hawai'i; Christina M. Kishimoto, in her official capacity as Superintendent of the Department of Education; Catherine Payne, in her official capacity as Chairman of the Board of Education; Brian J. Delima; Damien Barcarse; Maggie Cox; Nolan Kawano; Christine Namau'u; Dwight Takeno; Kenneth Uemura; and Bruce Voss, in their official capacities as members of the Board of Education; Hawai'i Teacher Standers Board Defendants - Appellees*, sentencia del 13-8-2019, en <https://www.courts.state.hi.us/wp-content/uploads/2019/08/SCAP-16-0000475.pdf>.




---

**Derecho a la educación. Neutralidad educativa. Libertad de enseñanza. Libertad de elección de los padres. Libertad de opinión. Libertad religiosa. Derecho a expresar las propias convicciones religiosas. Igualdad entre los ciudadanos. Prohibición de discriminación. Derecho a una vida digna. (Bélgica).**

**Antecedentes del caso:** según el reglamento interno de la Escuela Superior Francisco Ferrer, que depende del municipio de Bruselas, está prohibido que los

estudiantes lleven insignias, objetos de bisutería o ropa que reflejen una opinión o afiliación política, filosófica o religiosa. Además, no deben llevar sombreros o atuendos para cubrirse la cabeza. Este reglamento fue aprobado por el consejo municipal de Bruselas.

En noviembre de 2017, las demandantes presentaron un recurso de amparo contra la institución educativa y el municipio de Bruselas ante el Tribunal Francófono de Primera Instancia de Bruselas. Alegaron que la prohibición que establecía el reglamento de la escuela superior no cumplía con el art. 50 del decreto de la Comunidad Francesa del 12 de diciembre de 2008, relativo a la lucha contra la discriminación. Reclamaron que se modificara el reglamento. El grupo de demandantes estaba formado por mujeres estudiantes matriculadas o que querían matricularse en la Escuela Superior Francisco Ferrer y que, como mujeres que profesaban la fe musulmana, deseaban llevar el velo islámico.

El Tribunal Francófono de Primera Instancia de Bruselas declaró, por un lado, que el recurso era inadmisibile en relación con la Escuela Superior Francisco Ferrer porque esa institución no tenía personería jurídica. Por otro lado, observó que el 21 de junio de 2004 el consejo municipal de Bruselas, como autoridad responsable de la educación oficial subvencionada, había adherido al principio de neutralidad educativa, establecido en el decreto de la Comunidad Francesa del 31 de marzo de 1994. Además, advirtió que el art. 3 de ese decreto disponía que la escuela superior debía garantizar al estudiante el derecho a expresar libremente su opinión sobre cualquier cuestión de interés educativo o vinculada con los derechos humanos, y que ese derecho comprendía la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas, siempre que se respetara el reglamento interno de la institución. Agregó que las mismas condiciones debían aplicarse con respecto a la libertad de manifestar la propia religión o creencias.

Por esas razones, el 9 de mayo de 2018 el Tribunal Francófono de Primera Instancia de Bruselas planteó una cuestión prejudicial a la Corte Constitucional de Bélgica. Consultó si el art. 3 del decreto de la Comunidad Francesa del 31 de marzo de 1994, que definía la neutralidad educativa, respetaba la Constitución (arts. 19, 23 y 24) y la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 9), en tanto se interpretara que el art. 3 del decreto permitía a la autoridad competente establecer, en el reglamento de un colegio o universidad, una prohibición total a los alumnos de llevar insignias, objetos de bisutería o ropa que reflejen una opinión o afiliación política, filosófica o religiosa, así como sombreros o atuendos para cubrirse la cabeza, con el fin de crear un entorno educativo completamente neutral.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Bélgica resolvió que el art. 3 del decreto de la Comunidad Francesa del 31 de marzo de 1994 era constitucional, ya que no violaba los arts. 19, 23 y 24 de la Constitución ni el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En este caso, la Corte Constitucional analizó el principio de legalidad en materia de educación. El párrafo 5 del art. 24 de la Constitución refleja la voluntad de los constituyentes de reservar al legislador la tarea de regular los aspectos esenciales

de la educación, en cuanto a organización, reconocimiento y subvenciones. Sin embargo, el texto constitucional no prohíbe que ciertas funciones sean cedidas a otras autoridades, bajo ciertas condiciones. Es necesario que las facultades delegadas se limiten a la aplicación de principios que el mismo legislador estableció. Ni el gobierno comunitario ni otra autoridad pública pueden remediar la imprecisión de estos principios.

La Corte Constitucional señaló, en su sentencia n.º 40/2011 del 15 de marzo de 2011, que los constituyentes no habían pretendido prohibir a las autoridades educativas adoptar normas internas relativas al comportamiento de los alumnos. El tribunal argumentó que, de lo contrario, cualquier comportamiento de los alumnos que pudiera comprometer el buen funcionamiento de la docencia y la realización del proyecto pedagógico debería ser regulado por el legislador. En consecuencia, para interpretar correctamente el art. 24 de la Constitución, la injerencia en un derecho fundamental en el contexto educativo y con el fin de garantizar el buen funcionamiento de la docencia y la realización del proyecto pedagógico de una institución educativa, solo es admisible si esa injerencia surge de las disposiciones de una norma legislativa.

La Corte Constitucional también examinó la libertad de enseñanza y la neutralidad de la educación oficial. La libertad de enseñanza —consagrada en el art. 24, párrafo 1, de la Constitución— garantiza el derecho a organizar escuelas y universidades basadas en una filosofía, confesional o no, determinada. También implica que personas o instituciones privadas puedan ofrecer educación de acuerdo con su propia concepción, tanto en cuanto a la forma como al contenido de la enseñanza, por ejemplo a través de la creación de instituciones educativas con concepciones pedagógicas determinadas.

El derecho a crear escuelas y universidades, garantizado por el párr. 1 del art. 24 de la Constitución, recae igualmente en las autoridades públicas, como municipios y provincias.

De acuerdo con esa misma norma constitucional, cada comunidad asegura la libre elección de los padres, quienes pueden optar por el tipo de enseñanza más cercana a sus concepciones filosóficas. En relación con esto, justamente para garantizar la libertad de elección, la comunidad debe organizar una educación neutral con respecto a las diferentes concepciones filosóficas, ideológicas o religiosas de padres y alumnos y debe subvencionar establecimientos educativos cuya particularidad consista en desarrollar una perspectiva religiosa, filosófica o pedagógica determinada. La libertad de elección, sin embargo, no otorga a padres y alumnos un derecho absoluto a inscribirse en la institución educativa seleccionada.

En principio, el establecimiento del proyecto pedagógico de una institución educativa es competencia de su autoridad responsable.

Por otro lado, dado que, según el art. 24 de la Constitución, cada comunidad debe asegurar la libertad de elección de los padres, la comunidad está obligada a organizar la enseñanza. Además, la libertad de la comunidad en relación con la educación está limitada por el art. 24, párr. 1, de la Constitución, que prevé que la enseñanza organizada por la comunidad debe ser neutral y respetar los puntos de

vista filosóficos, ideológicos y religiosos de padres y alumnos. Del mismo modo, las instituciones educativas administradas por las comunidades deben ofrecer la opción de elegir entre el aprendizaje de una de las religiones reconocidas o de la moral no confesional.

De igual forma, la libertad de los poderes públicos, como municipios o provincias, está sometida a ciertas restricciones respecto de la organización de la educación. Estas autoridades están obligadas a respetar el principio constitucional de neutralidad del poder público, vinculado estrechamente con la prohibición de discriminación en general y con el principio de igualdad entre los ciudadanos. También los municipios y las provincias deben ofrecer la opción de elegir entre el aprendizaje de una de las religiones reconocidas o de la moral no confesional.

En este caso, se trata de una escuela superior de nivel universitario que depende del municipio de Bruselas y que, como la educación que ofrece no es obligatoria, no necesita garantizar la opción de elegir entre el aprendizaje de una de las religiones reconocidas o de la moral no confesional. Sin embargo, la institución debe respetar el principio constitucional de neutralidad del poder público.

De acuerdo con el art. 24 de la Constitución, la noción de “neutralidad” incluye, en particular, el respeto por todas las concepciones filosóficas, ideológicas y religiosas de padres y estudiantes. En ese sentido, los constituyentes observaron que la implementación de este tipo de neutralidad estaba íntimamente ligada al proyecto pedagógico y al método de enseñanza. Por lo tanto, podía evolucionar de manera diferente en cada comunidad. Además, advirtieron que las circunstancias sociológicas cambiaban con el tiempo. Por lo tanto, la “neutralidad” que pensaron los constituyentes no supone un concepto estático.

No obstante, el concepto tiene un contenido mínimo que no puede eliminarse sin violar la Constitución. De hecho, la obligación de la comunidad de organizar una educación neutral constituye una garantía para la elección libre de los padres. Justamente, la neutralidad implica que las autoridades no deben desfavorecer, promover o imponer concepciones filosóficas, ideológicas o religiosas. Esta postura supone el reconocimiento y la apreciación de las diversas opiniones y actitudes, siempre que no representen una amenaza para la democracia y los derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, la noción de “neutralidad” del art. 24 de la Constitución representa una formulación más precisa en términos educativos del principio constitucional de neutralidad de la autoridad pública.

La neutralidad implica —además de una prohibición de discriminación, en cuanto a no desfavorecer, promover o imponer concepciones filosóficas, ideológicas o religiosas— también una obligación positiva para la autoridad competente de organizar la educación de modo tal que la diversidad de opiniones y actitudes sean reconocidas y valoradas efectivamente.

Como la Corte Constitucional señaló en su sentencia n.º 40/2011 del 15 de marzo de 2011, la prohibición de que los estudiantes usen símbolos religiosos y filosóficos visibles otorga a la idea de neutralidad una nueva orientación, que no es necesariamente opuesta al sentido original de la noción. De hecho, los constituyentes no concibieron la neutralidad educativa como un principio rígido, independiente

de los cambios sociales. Inclusive, en determinadas circunstancias, es necesario que la autoridad competente tome medidas para garantizar el reconocimiento y la valoración positiva de la diversidad de opiniones y actitudes.

La disposición en cuestión, el art. 3 del decreto de la Comunidad Francesa del 31 de marzo de 1994, no crea, en sí misma, una prohibición de llevar símbolos políticos, filosóficos o religiosos para los estudiantes. Esta norma permite al órgano competente establecer el reglamento interno de una institución educativa para decidir, de acuerdo con circunstancias concretas, si la prohibición puede ser necesaria para garantizar el reconocimiento y la valoración positiva de la diversidad de opiniones y actitudes.

Por lo tanto, dado que los constituyentes no concibieron a la neutralidad educativa como un concepto estático y que de ella derivan obligaciones positivas, la disposición en cuestión no se opone al art. 24 de la Constitución ni al principio de neutralidad de la autoridad pública.

La Corte Constitucional también analizó, en este caso, el derecho a la educación, a la igualdad educativa y a la libertad religiosa. De acuerdo con los párrafos 3 y 4 del art. 24 de la Constitución, cada persona tiene derecho a la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, y todos los estudiantes y los padres son iguales ante la ley. Del mismo modo, el art. 2 del Protocolo n.º 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la educación, tiene un alcance similar al del art. 24 de la Constitución.

Por otro lado, el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a expresar las propias convicciones religiosas, tiene un alcance similar al art. 19 de la Constitución, que reconoce la libertad de opinión en todos los asuntos y la libertad religiosa. En consecuencia, las garantías que ofrecen estas disposiciones configuran, en este aspecto, un conjunto indisociable.

La libertad religiosa, garantizada por las normas mencionadas, implica la libertad de cada persona para manifestar su religión o creencias, individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, la práctica y la realización de ritos.

El concepto de “religión” abarca tanto el *forum internum*, es decir, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, es decir, la manifestación pública de la fe religiosa. Si bien el derecho a tener creencias religiosas (*forum internum*) es absoluto, el derecho a manifestar la propia fe (*forum externum*) puede estar sujeto a restricciones, según los límites establecidos por el art. 9, párr. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, es necesario asumir que la prohibición de usar símbolos religiosos en un establecimiento educativo constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a manifestar las propias convicciones religiosas. Para que esa injerencia no vulnere la libertad religiosa, debe respetar las condiciones establecidas por el párr. 2 del art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, es decir, que la injerencia esté prevista por la ley, que persiga al menos uno de los objetivos dispuestos por el artículo mencionado y que sea necesaria en una sociedad democrática.

Para la Corte Constitucional de Bélgica, la disposición en cuestión, en tanto permite al órgano competente de una institución educativa restringir, a través de su reglamento interno, la libertad religiosa de los alumnos, constituye un fundamento jurídico suficiente para justificar la injerencia en el ejercicio del derecho a manifestar las propias convicciones religiosas.

Además, la prohibición de llevar insignias, objetos de bisutería o ropa que reflejen una opinión o afiliación política, filosófica o religiosa, así como sombreros o atuendos para cubrirse la cabeza, es una medida de la autoridad competente que busca, a partir de una determinada concepción de la neutralidad educativa, proteger al conjunto de los estudiantes de la institución frente a la presión social que puedan ejercer los alumnos que hagan visibles sus opiniones y creencias.

En consecuencia, según la Corte Constitucional, puede aceptarse que esta injerencia en la libertad religiosa persigue objetivos vinculados con la protección de los derechos y libertades de terceros y con la protección del orden público, mencionadas en el art. 9, párr. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En este sentido, la libertad de conciencia y de religión comprende la libertad de expresar las propias convicciones religiosas o creencias, ya sea en soledad o con otras personas, pero no protege cualquier acto inspirado en la religión o las creencias. Tampoco garantiza, en todas circunstancias, el derecho a comportarse según los mandatos religiosos o la propia convicción.

La disposición en cuestión, además, no hace ninguna distinción basada en las creencias religiosas, ideológicas o filosóficas de los alumnos, por lo que no establece una diferencia de trato entre las convicciones de la mayoría y las de la minoría. Así, la prohibición analizada no constituye una medida que la autoridad pública disponga para favorecer determinadas convicciones o creencias, aun cuando algunos estudiantes puedan percibir que sufren una restricción más severa que otros.

Por lo tanto, la disposición en cuestión, que permite establecer la prohibición analizada, responde a una necesidad social urgente, la de desarrollar un proyecto pedagógico que se fundamente en una concepción de la neutralidad educativa que no sea incompatible con el principio constitucional de neutralidad del poder público.

La Corte Constitucional señaló que, por todos los argumentos expuestos, la disposición en cuestión (el art. 3 del decreto de la Comunidad Francesa del 31 de marzo de 1994) no era incompatible con la libertad religiosa, garantizada por el art. 19 de la Constitución y el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En cuanto al art. 23 de la Constitución, indica que toda persona tiene derecho a una vida digna. Para cumplir ese objetivo, los legisladores establecen (junto con una serie de obligaciones) derechos económicos, sociales y culturales y las condiciones para ejercerlos. El art. 23 no especifica qué implican estos derechos y solo expresa el principio, por lo que el legislador es el responsable de garantizarlos. Así, el legislador competente puede imponer límites a los derechos, siempre que esas restricciones resulten proporcionales con los fines perseguidos y sean necesarias en el contexto de una sociedad democrática.

En consecuencia, si la disposición en cuestión afectara el derecho a una vida digna consagrado por el art. 23 de la Constitución o disminuyera en algún grado la protección garantizada por la legislación aplicable, esa restricción estaría suficientemente justificada por razones de interés general vinculados con la neutralidad educativa.

En conclusión, la Corte Constitucional de Bélgica declaró que la disposición cuestionada, el art. 3 del decreto de la Comunidad Francesa del 31 de marzo de 1994, no vulneraba ninguna de las normas (arts. 19, 23 y 24 de la Constitución y art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos) por las que había consultado el Tribunal Francófono de Primera Instancia de Bruselas.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA**, sentencia n.º 81/2020 del 4-6-2020, en <https://www.const-court.be/public/f/2020/2020-081f.pdf>.




---

### **Derecho a la igualdad ante la ley. Derecho del trabajo. Prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE). (España).**

**Antecedentes del caso:** en noviembre de 2017, Pilar Prados Torres, médica del Servicio de urgencias del Hospital Costa del Sol en Marbella, solicitó a la empresa una reducción de su jornada laboral en un 33 % para cuidar a su hijo, de acuerdo con la normativa vigente. Si bien se le reconoció el derecho a la reducción de jornada en un 33 %, Prados Torres estimó que la cantidad de horas asignadas era superior a la que había calculado y presentó una queja, que fue desestimada.

A continuación, presentó una demanda por reducción de jornada, a la que sumó una acción por daños y perjuicios y una acción de tutela. Alegó la existencia de una desigualdad de trato entre trabajadores a tiempo completo y con jornada reducida.

El Juzgado de lo Social 6 de Málaga desestimó la demanda. Descartó que se hubiese producido un error en el cálculo de las horas extras y, por lo tanto, determinó que no había discriminación alguna. Prados Torres recurrió el decisorio.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, confirmó la sentencia recurrida. En consecuencia, se negó la infracción del art. 14 CE y se rechazó el derecho a la indemnización reclamada por lesión de derechos fundamentales.

Prados Torres interpuso una acción de amparo dirigida contra las dos sentencias aludidas, por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) como consecuencia del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos. Alegó que el caso constituía una flagrante discriminación derivada de la situación de reducción de jornada para la conciliación familiar, que, además, afecta

especialmente a las mujeres, ya que porcentualmente son el colectivo que en mayor número solicita la reducción, aunque la norma no haga distinción y sea un derecho que también corresponde a los hombres. Argumentó que, paradójicamente, cuanto más reducción de jornada se aplica, más se perjudica el trabajador respecto del cómputo de las horas de descanso por saliente de guardia. Solicitó que se exigiera a la empresa demandada aplicar de forma no discriminatoria el derecho a la reducción de jornada por cuidado familiar en relación con el cómputo de horas que se convalidan como horas de trabajo efectivo en los salientes de guardia.

El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo. Consideró que el caso revestía una especial trascendencia constitucional dado que planteaba un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no había doctrina, en la medida en que se denunciaba una diferencia de trato en materia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial, derivada del ejercicio de derechos asociados con la maternidad, y también permitía aclarar la doctrina existente sobre la discriminación indirecta por razón de sexo.

**Sentencia:** el Tribunal Constitucional de España declaró que se vulneró el derecho de Pilar Prados Torres a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE). Anuló las sentencias de primera y de segunda instancia y dispuso retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la sentencia de primera instancia, a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

1. El derecho a la igualdad reconocido en el art. 14.1 de la Constitución de España (CE) exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable. Esta norma constitucional no se agota en la proclamación del derecho a la igualdad, sino que se refiere a la prohibición de discriminación, entre otros motivos, “por razón de sexo”. Ese tipo de discriminación comprende la concurrencia de razones o circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona, como sucede con el embarazo y la maternidad, y se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los “derechos asociados a la maternidad”. Tales derechos, aunque son reconocidos por el ordenamiento jurídico indistintamente al hombre y a la mujer con el objeto de estimular cambios en la cultura familiar y promover el reparto de responsabilidades, sirven principalmente para compensar las dificultades y desventajas que agravan la posición de la mujer trabajadora. En efecto, se trata de derechos que inciden de modo singular en las mujeres, al ser las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad y padecen, por ello, mayores dificultades para su inserción laboral y su mantenimiento en el mercado de trabajo. La discriminación por razón de sexo no solo se produce cuando a la mujer trabajadora se le niega uno de esos derechos asociados a la maternidad, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, se le cause un perjuicio efectivo y constatable que consista en un “trato peyorativo en sus condiciones de trabajo”, o en “una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral”,

por la exclusiva razón del ejercicio previo de ese derecho. En otras palabras, en esos casos la vulneración del art. 14 CE vendría determinada por el menoscabo de carácter discriminatorio ocasionado en el patrimonio jurídico de la mujer trabajadora. Y, entre esos derechos asociados a la maternidad, que responden a la idea de compensar las desventajas reales que soporta la mujer trabajadora para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar, se encuentran, precisamente, el derecho a la excedencia laboral por cuidado de hijos y el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal. El Tribunal Constitucional recordó también que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo no solo comprende la “discriminación directa” a la que se ha hecho referencia, sino también la “discriminación indirecta”, es decir, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo.

2. El juicio de igualdad es de carácter relacional, pues requiere que la diferencia de trato se produzca entre grupos o categorías de personas que puedan considerarse homogéneas o equiparables. En este caso, las situaciones subjetivas que la recurrente contrasta constituyen un término de comparación válido por tratarse de supuestos de hecho iguales, en la medida que, aun si realiza menos guardias obligatorias, las que cumple son de 10 horas de duración, al igual que el resto de sus compañeros.

Constatada la situación de igualdad, el Tribunal Constitucional debió comprobar si la diferencia de trato denunciada tenía una justificación objetiva y razonable que la legitimara. El argumento ofrecido por la entidad demandada para justificar la diferencia de trato es que, dado que la recurrente tiene su jornada habitual reducida en un 33 % su jornada habitual, las guardias realizadas no pueden generarle un descanso retribuido equivalente a una jornada de trabajo “ordinaria” completa (de 7 horas), y por eso la empleadora lo redujo a 4,69 horas. El Tribunal Constitucional entendió que la empleadora, para justificar la diferencia de trato, usó un elemento de diferenciación arbitrario y carente de justificación objetiva y razonable, a saber, el de que Prados Torres realiza la jornada de trabajo (ordinaria y complementaria) de forma reducida.

La reducción tanto de la jornada ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el cuidado de los hijos) cuyo ejercicio no puede generarle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: de 10 horas. Por lo tanto, ante una misma situación (guardias de 10 horas) que generan el derecho a un descanso retribuido (de 7 horas), la empleadora no puede asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido.

Además, el Tribunal Constitucional pudo apreciar una discriminación indirecta por razón de sexo porque el método de cálculo usado por la empleadora

para asignarle los períodos de descanso retribuidos por cada “saliente de guardia” provocó en perjuicio de la recurrente un daño efectivo y constatable que generó un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo como consecuencia del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad (el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos). Y aunque aquel método sea formalmente neutro, perjudica a un número mayor de mujeres que de hombres. En efecto, la demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, a fecha del dictado de esta sentencia, son médicas.

En suma, porque la diferencia de trato carece de una justificación que la legitime, procede estimar la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación por razón de maternidad, reconocido en el art. 14 CE.

3. Por lo expresado, el Tribunal Constitucional concedió el amparo, anuló las resoluciones judiciales impugnadas que negaron a la recurrente el reconocimiento del mismo número de horas de trabajo efectivo por cada saliente de guardia que al resto de los trabajadores con jornadas a tiempo completo. El restablecimiento de su derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE) requiere, en consecuencia, la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la sentencia de primera instancia a fin de que sea dictada una nueva resolución respetuosa con los derechos constitucionales.

Por último, el Tribunal Constitucional denegó el pedido de indemnización solicitado, dado que el reconocimiento de una eventual indemnización no puede ser pretendido como una consecuencia automática y necesaria de la estimación del recurso de amparo. El restablecimiento del derecho fundamental vulnerado se realiza, en principio, mediante las medidas previstas en el fallo de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, y debe ser materia de juzgamiento en la jurisdicción ordinaria.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Plena**, Recurso de amparo 500/2019, promovido por Pilar Prado Torres c/ la sentencia del 5-12-2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el recurso de suplicación 1546-2018, y la sentencia del 10-5-2018, del Juzgado de lo Social 6 de Málaga, recaída en los autos 100/2018, sentencia del 8-7-2020, en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2020\\_071/2019-500STC.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_071/2019-500STC.pdf).



**Derecho a la integridad física y moral. Derecho a la intimidad. Derecho a la protección de la salud. Derechos en relación con el derecho a la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de su personalidad: inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y el nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. (España).**

**Antecedentes del caso:** P. G. A. nació en Boltaña, Huesca, en marzo de 2002, y fue inscripto con nombre y sexo de mujer en el registro civil. Desde pequeño manifestó que se sentía varón y prefería usar un nombre masculino, y así fue aceptado en su entorno familiar y social. En 2014 fue evaluado por un equipo integrado por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo de la unidad de identidad de género de Barnaclinic, entidad vinculada al Hospital Clínico de Barcelona. Los profesionales afirmaron que el paciente “presenta un fenotipo totalmente masculino, y está totalmente adaptado a su rol masculino”. No detectaron ninguna patología psiquiátrica relevante que pudiera influir en su decisión de cambio de sexo y lo derivaron al médico endocrinólogo para que recibiera un tratamiento hormonal. Además, indicaron al registro civil que el paciente cumplía “los requisitos solicitados por la ley de identidad de género, aprobada por el Congreso de los Diputados en marzo de 2007, para solicitar el cambio de nombre y sexo en el registro, y en los documentos pertinentes”. Argumentaron que la exigencia legal de tratamiento hormonal para acomodar las características físicas de la persona a las del sexo reclamado no era de aplicación en este caso, “ya que el paciente no pudo hormonarse con anterioridad, pues por edad no había empezado el cambio puberal”, por lo que no tenía sentido realizar el tratamiento.

Los padres, en representación del menor, solicitaron la rectificación registral del sexo y el nombre al amparo de la Ley 3/2007, que regula la mención relativa al sexo de las personas. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Boltaña, encargado del registro civil del domicilio del solicitante, no admitió el trámite. Argumentó que el interesado era menor y que el art. 1 de la ley preveía el requisito de la mayoría de edad, sin excepción alguna.

Por ello, los padres promovieron, por la vía judicial ordinaria, la rectificación registral con el fin de que el libre desarrollo de la personalidad del menor se proyectara en su imagen y se desarrollara dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias, como disponen los arts. 10, 14 y 18.1 de la Constitución y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sostuvieron que tales derechos se estarían coartando por la negativa del registro civil a inscribirlo como varón. Aportaron documentos que acreditaban las dificultades del menor para practicar deportes — como baloncesto, judo o snowboard a nivel federado en equipos masculinos— e informes de centros educativos y culturales en los que se reconocía con naturalidad el nombre masculino que usaba.

El Juzgado de Primera Instancia de Instrucción n.º 5 de Huesca desestimó la pretensión ya que el menor carecía de legitimación activa *ad causam*, tal como exige la ley cuestionada. La sentencia fue apelada.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca confirmó la sentencia. Afirmó que la exigencia de mayoría de edad y de capacidad suficiente para la solicitud de cambio de sexo en el registro civil era una decisión consciente del legislador en el momento de elaborar una norma para dar cobertura y seguridad jurídica a la necesidad sentida por personas transexuales adecuadamente diagnosticadas. Además, consideró que invocar el interés superior del menor no podía ser un argumento para dejar de aplicar la ley.

Los padres del menor interpusieron un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. Ambos recursos fueron admitidos a trámite por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En esa instancia, el ministerio fiscal y los representantes del menor expresaron su conformidad con plantear la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 3/2007 al Tribunal Constitucional. Los padres, además, pidieron hacer lo propio respecto del art. 4, que establece el requisito del tratamiento médico previo durante dos años de la persona diagnosticada con disforia de género para poder solicitar el cambio registral.

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo planteó al Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 3/2007. En cambio, excluyó el planteo respecto del art. 4.1 de la misma ley.

**Sentencia:** el Tribunal Constitucional de España declaró la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, pero únicamente en la medida que incluya en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”.

1. El Tribunal Constitucional advirtió que el planteo —aunque formalmente tiene por objeto el art. 1 de la Ley 3/2007— se circunscribía a la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar la rectificación de la mención sobre el sexo y el nombre ante el registro civil. Por tanto, el planteo comprende solo al art. 1.1 de la Ley 3/2007, que dispone: “Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral.”. Este inciso fue cuestionado porque su contenido podría vulnerar los arts. 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 43.1 (derecho a la protección de la salud), en relación con el 10.1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad), de la Constitución.

2. Los padres del menor solicitaron también que se declararan inconstitucionales las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal), en tanto constituyen una heteroasignación de la identidad sexual, lesionarían la dignidad de la persona transexual.

El Tribunal Constitucional no hizo lugar a la pretensión, dado que la cuestión no había sido incluida por el Tribunal Superior y, en consecuencia, no formaba parte del objeto procesal.

3. El Tribunal Constitucional debió decidir si el derecho a rectificar la mención del sexo y el nombre en la inscripción del registro civil constituía o no una restricción desproporcionada sobre derechos garantizados por la CE, respecto de un menor de edad. El principio de proporcionalidad, como presupuesto de constitucionalidad de la ley, no opera en abstracto, sino únicamente en relación con derechos fundamentales concretos o a principios constitucionales específicos. Estos derechos y principios serían vulnerados en caso de que el legislador los restrinja de un modo desproporcionado.

El primer bien jurídico de relevancia constitucional que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 afecta es el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona (art. 10.1 CE). La norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo y de su nombre y a ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. Para las personas transgénero la aplicación del principio implica la libertad de definir la propia identidad sexual, uno de los elementos esenciales para lograr su desarrollo personal y su seguridad física y moral. En cambio, se priva a los menores de la eficacia del principio constitucional en cuanto a decidir acerca de la propia identidad. Por ello, el precepto legal cuestionado tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad.

También incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE) ya que expone al conocimiento público la condición de transexual del menor. Existe una conexión entre la norma impugnada y esta situación. Excluir al menor transexual de la posibilidad de rectificar en el registro la mención de su sexo y su nombre afecta la información que aparece en sus documentos, y en general condiciona los actos en que la persona deba identificarse. El Tribunal Constitucional, de acuerdo con su propia doctrina, entendió que la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer y el que un individuo percibe como suyo era una circunstancia relevante que la persona tenía derecho a proteger del conocimiento ajeno. Esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el percibido por el sujeto y, en consecuencia, que no trascienda su condición de transexual. Por eso, la norma impugnada también afecta la intimidad personal.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que la norma impugnada no afectaba a otros bienes jurídicos de relevancia constitucional mencionados en el planteamiento (vgr., derecho a la integridad física y moral y derecho a la protección de la salud). La invocación de los arts. 15 y 43 CE no se relaciona con la necesidad de someterse a cirugías de readaptación o a otro tratamiento con incidencia corporal. La Corte Europea de Derechos Humanos abordó esta cuestión en *L. c. Lituania* (2007) y resaltó que en esta situación, aun reconociendo la angustia y frustración que podía generar, no debía ser analizada en el contexto del art. 3 CEDH, sino en el del art. 8 CEDH, que consideró vulnerado.

4. Los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales. Cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, tiene derecho a ser oído en vía judicial en relación con medidas que afecten a su esfera personal, así como a reclamar la defensa de sus intereses personales, incluso contra la voluntad de sus representantes legales.

En el precedente STC 154/2002, el Tribunal Constitucional señaló que la atribución de un espacio de libre decisión se justificaba en el respeto a las creencias religiosas del menor y, por tanto, en el derecho fundamental que el art. 16.1 CE consagraba. Este criterio se puede generalizar y proyectar sobre la capacidad de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos. La Convención de Derechos del Niño, relevante en este caso en virtud del art. 10.2 CE, exige a los Estados parte respetar el derecho del niño a preservar su identidad.

5. El hecho de que la norma recurrida afecte el derecho fundamental a la intimidad personal y el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad no significa necesariamente que sea inconstitucional. Solo lo será si esa incidencia en los derechos o principios constitucionales es desproporcionada.

El Tribunal Constitucional sostuvo que la disposición cuestionada era adecuada si contribuía en alguna medida a la realización del fin perseguido. Si eso no ocurriera, correspondería declarar su inconstitucionalidad. Afirmó que la norma impugnada beneficiaba a un menor transexual —al menos en términos de tutela de su intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión sobre su persona— en la medida que tuviera suficiente madurez y que estuviera en una situación estable de transexualidad. En caso contrario, la restricción se justificaba por la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitaban las consecuencias negativas de una decisión precipitada.

Respecto de la necesidad de la restricción, el auto de planteamiento sostuvo que la norma legal cuestionada implicaba una restricción innecesaria del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ya que se trataba de un menor con madurez suficiente y en una situación estable de transexualidad que había realizado una petición seria.

6. El Tribunal Supremo no había cuestionado la constitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 en su integridad. Sostuvo, por el contrario, que la parte que excluía de la rectificación de la mención registral del sexo a los menores de edad con suficiente madurez que realizaban una petición seria y se encontraban en una situación estable de transexualidad podía constituir una restricción desproporcionada.

El contenido normativo del art. 1.1 de la Ley 3/2007 ocasiona a los sujetos excluidos restricciones en los bienes jurídicos constitucionales. Esas limitaciones se manifiestan de un modo agravado cuando el menor de edad presenta madurez suficiente, porque hay que reconocerle una mayor necesidad de tutela de su intimidad personal y del espacio de decisión que lo habilita para desarrollar libremente los rasgos de su personalidad.

La restricción legal bajo estudio provoca inconvenientes para ciertos principios y derechos constitucionales y beneficios importantes para otros bienes jurídicos, también de relevancia constitucional, ya que, mediante esta restricción legal, el legislador despliega la protección especial de los menores de edad (art. 39 CE). Estos beneficios se relativizan paulatinamente, según se avanza hacia la mayoría de edad, ya que, a medida que crece, el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y disminuyen las necesidades específicas de protección. Por otra parte, el riesgo de que las manifestaciones de transexualidad se retrotraigan es menor cuando la persona se aproxima a la edad adulta.

La restricción legal cuestionada, respecto de los menores de edad con suficiente madurez y en una situación estable de transexualidad, representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad. Por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para la garantía de tener un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios se revelan con mayor intensidad porque se trata de una norma automática y que no contempla ningún régimen intermedio (vgr., el cambio de nombre, pero no de sexo) para las situaciones de transición.

De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplique también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, es decir, sin habilitar un cauce de individualización para los menores de edad con suficiente madurez y en una situación estable de transexualidad y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad.

Por ello, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 en la medida en que se aplique a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**, cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016, promovida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, sentencia 99/2019, del 18-7-2019, en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2019\\_093/BOE-A-2019-11911.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_093/BOE-A-2019-11911.pdf).



**Derecho a la libertad de expresión. Derecho a la información veraz. Derecho procesal penal. Apertura de una investigación preliminar administrativa por parte del Tribunal Supremo Federal. Defensa de las instituciones y del sistema democrático. Derecho a la vida privada. Derecho a la intimidad. Calumnia, injuria y difamación. (Brasil).**

**Antecedentes del caso:** en marzo de 2019, el presidente del Tribunal Supremo Federal de Brasil, Antonio Dias Toffoli, comenzó una investigación (INQ 4781) sobre la revelación de *fakenews*, acusaciones y amenazas contra miembros de ese órgano judicial que pudieran constituir calumnia, difamación o injuria. En ese momento, Dias Toffoli defendió la medida como una forma de combatir la propagación de noticias falsas que afectaban la honorabilidad y la seguridad de los magistrados y de sus familiares. Para Dias Toffoli, que nombró al ministro Alexandre de Moraes como relator del caso, la decisión estaba respaldada por el reglamento interno del tribunal.

El partido Red de Sostenibilidad presentó en 2019 una acción para impugnar la forma en que comenzó la investigación. Alegó que no era competencia del Poder Judicial, salvo muy raras excepciones, encabezar investigaciones criminales.

Además, en mayo de 2020, el ministro Moraes, a cargo de la investigación, dispuso que se registraran y confiscaran documentos relacionados con el tema en los domicilios de varios políticos y empresarios, entre otras personas. Las órdenes judiciales se ejecutaron en diferentes estados.

Luego de esta operación, el procurador general de la República, Augusto Aras, solicitó la suspensión de la investigación al ministro Edson Fachin (relator del caso vinculado con el pedido del partido Red de Sostenibilidad) hasta que el pleno del Tribunal Supremo Federal definiera los detalles del proceso. Aras explicó que las medidas que Moraes había tomado de forma unilateral no habían contado con la participación, supervisión o consentimiento previo del Ministerio Público. Argumentó que medidas invasivas, como los registros y confiscaciones realizados, debían ser informadas previamente al Ministerio Público.

Por otro lado, el procurador general sostuvo que el contenido agresivo de algunas publicaciones en redes sociales no podía ser confundido con la práctica de calumnias, injurias o difamaciones contra los miembros del Tribunal.

El ministro Fachin elevó el caso para que el pleno del Tribunal analizara si la apertura de la investigación había sido válida.

**Sentencia:** el Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió que la investigación (INQ 4781) era legal y constitucional. La decisión fue tomada por la mayoría del pleno: diez magistrados votaron a favor de la constitucionalidad y uno en contra.

En primer lugar, el 10 de junio de 2020, Fachin se pronunció sobre la viabilidad de la investigación. Concluyó que el procedimiento era constitucional y no implicaba un abuso de derecho, siempre que se respetaran ciertas normas. De esta manera, limitó el alcance de la indagación realizada por el ministro Moraes desde marzo de 2019.

Fachin consideró que la apertura de la investigación estaba justificada por los actos que incitaban al cierre del Tribunal o a la desobediencia de sentencias judiciales y por las amenazas de muerte o de prisión a los magistrados. Aseguró que, si bien la Constitución Federal garantiza la libertad de expresión, ningún derecho puede justificar el incumplimiento de una decisión del órgano máximo del Poder Judicial. Además, sostuvo que, en el marco del Estado de derecho, resulta inadmisibles la defensa de la dictadura o los pedidos de clausurar el Congreso nacional o el Tribunal Supremo Federal. En este sentido, afirmó que, aunque el disenso es inherente a la democracia, es intolerable el disenso que busca imponer consenso mediante la violencia. Por eso, argumentó que el antídoto contra la intolerancia es la legalidad democrática.

Por otro lado, Fachin destacó que el art. 43 del reglamento interno del Tribunal Supremo Federal, que autoriza a su presidente a abrir una investigación, es una regla excepcional que le confiere al Tribunal una función atípica con el fin de preservar derechos fundamentales ante la omisión de los órganos de control competentes. Agregó que este tipo de investigación es un procedimiento administrativo que reúne elementos de prueba para, entre otras cosas, identificar al órgano del Ministerio Público al que le corresponda analizar la información y verificar si los hechos justifican el inicio de una acción penal.

Además, Fachin señaló que no había irregularidades en la investigación, ya que el Ministerio Público estaba debidamente informado y acompañaba los procedimientos. Observó que se trataba de una fase preliminar de la indagación y que, luego de reunir los elementos necesarios, se deberá elevar la causa al órgano competente.

A partir de esta decisión, Fachin consideró válidas las órdenes de registro y confiscación de documentos que se habían realizado en marzo de 2020. También expuso los parámetros para la continuidad de la investigación, que debía ser supervisada por el Ministerio Público mientras que los abogados de los involucrados debían tener acceso a los elementos de prueba. Además, el objeto de la indagación debía limitarse a las amenazas a los ministros, a sus familias y a los poderes constituidos y los ataques contra el Estado de derecho y la democracia. Del mismo modo, también subrayó la necesidad de proteger la libertad de expresión y de prensa y, por lo tanto, excluir de la investigación notas periodísticas u otras manifestaciones individuales en internet que no formaran parte de campañas planificadas de divulgación masiva de información en las redes sociales.

El 17 de junio, ocho ministros, incluido el relator del caso, Fachin, votaron por la constitucionalidad de la investigación.

En esta ocasión, Fachin reformuló su voto y consideró que no eran necesarios los parámetros que había establecido en la sesión anterior, del 10 de junio, porque esos requisitos ya estaban siendo cumplidos, de acuerdo con el informe del relator de la investigación, el ministro Alexandre de Moraes. De esta manera, no se limitó el alcance de la indagación iniciada en marzo de 2019.

La ministra Rosa Weber señaló que, de acuerdo con el sistema procesal penal, las policías judiciales no tenían la exclusividad de la investigación criminal y que

no había ningún impedimento legal para que el Tribunal iniciara una investigación preliminar. Agregó que las noticias falsas podían producir efectos nefastos sobre el proceso democrático y que la desinformación a gran escala era capaz de influir en la opinión pública en relación con los más diversos temas. Observó que los ataques sistemáticos de este tipo no se enmarcaban en los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la protesta, sino que representaban un peligro para las instituciones y sus miembros.

El ministro Luis Fux sostuvo que la legislación brasileña autorizaba a los jueces a iniciar investigaciones para comprobar si se habían cometido crímenes. Señaló que los hechos investigados eran graves y se encuadraban en el Código Penal, la Ley de Seguridad Nacional y la Ley de Organizaciones Criminales. Además, consideró que esta clase de actos constituían el primer paso de acciones terroristas dirigidas a amedrentar a los jueces y afectar su independencia.

La ministra Carmen Lúcia afirmó que los actos que atentaran contra la Constitución o incitaran al odio y a cometer crímenes no estaban protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Destacó que las amenazas investigadas alcanzaban a todo el Poder Judicial, ya que, si un juez del máximo tribunal no poseía garantías de su seguridad o de la de sus familiares, un juez del interior del país tampoco se sentiría seguro. Para esta magistrada, la democracia se protege a través de la defensa del sistema democrático.

El ministro Ricardo Lewandowski entendió que la investigación era válida pues examinaba ataques que afectaban no solo a los integrantes del Tribunal, sino también a sus familiares y a otros funcionarios judiciales. Destacó que el objeto de la investigación era preciso y delimitado y que involucraba delitos de acción penal pública.

Además, Lewandowski señaló que no se habían constatado irregularidades, ya que no se había impedido actuar al Ministerio Público ni a los abogados acceder a las pruebas vinculadas con sus clientes. Del mismo modo, las garantías constitucionales de los involucrados permanecían intactas. Argumentó que el principio de contradicción y el derecho de defensa solamente eran ejercidos en el momento procesal adecuado, cuando ya se había iniciado una acción penal. Concluyó, por lo tanto, que la investigación iniciada por el Tribunal respetaba los preceptos constitucionales establecidos como parámetros de control.

El ministro Gilmar Mendes también aseguró que no había habido vicios en la apertura del proceso, porque los hechos y los objetos de la investigación habían sido delimitados correctamente. Resaltó que el uso sistemático de robots para difundir noticias falsas y amenazas no constituía un acto de libertad de expresión, sino, por el contrario, un movimiento planificado para menoscabar la credibilidad del Tribunal. Además, señaló que la divulgación masiva de *fakenews* violaba el derecho de la sociedad a ser informada con veracidad.

Por último, el 18 de junio, dos ministros votaron por la constitucionalidad de la investigación y uno votó en contra.

El ministro Celso de Mello votó a favor de la constitucionalidad y señaló que el Tribunal tenía la función extraordinaria y atípica de investigar cualquier

daño real o potencial a su independencia. De ese modo, se buscaba proteger el orden constitucional. Agregó que el reglamento interno le otorgaba al Tribunal instrumentos para defender el sistema democrático, el Estado de derecho y su propia institucionalidad. Por otro lado, según Celso de Mello, cuando el Poder Judicial interviene para contener los excesos del poder, en ejercicio de la jurisdicción penal o como intérprete del ordenamiento constitucional, está procediendo de manera legítima, de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Constitución. El ejercicio de esta función no transgrede el principio de separación de poderes. En síntesis, el incumplimiento de una orden judicial implica una conducta manifiestamente inconstitucional.

Además, Celso de Mello destacó que la diseminación criminal de mensajes, noticias y declaraciones ofensivas o amenazantes no estaba amparada de ningún modo por el derecho constitucional a la libre manifestación del pensamiento. En otras palabras, la libertad de expresión no protege conductas vinculadas con la incitación al odio público, la ruptura del orden constitucional y la propagación de ofensas y amenazas contra el funcionamiento de las instituciones. El ministro precisó que la investigación preliminar iniciada por el Tribunal no buscaba limitar el derecho de criticar a terceros o a las propias instituciones del Estado.

En el mismo sentido se pronunció el presidente Dias Toffoli, que afirmó que, desde hacía tiempo, tanto el Tribunal como los ministros recibían ataques digitales a su integridad y a su honorabilidad por parte de grupos que buscaban menoscabar la institución y el Estado de derecho. Consideró que la apertura de la investigación era una prerrogativa que estaba justificada por la escalada de agresiones y amenazas. Precisó que había decidido iniciar la investigación después de constatar la inercia de los responsables de adoptar medidas para impedir los agravios. Destacó que el objetivo del proceso no era perseguir opiniones críticas o discordantes con las decisiones del tribunal, amparadas en el derecho a la libertad de expresión, sino los ataques que intentaban socavar la credibilidad institucional.

En este sentido, Dias Toffoli remarcó que combatir la desinformación resultaba la mejor forma de garantizar el derecho a la información veraz, al conocimiento y al pensamiento libre, que son las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de la libertad de expresión. Agregó que el Tribunal Supremo Federal había elaborado una jurisprudencia consistente en defensa de la libertad de expresión. Advirtió, sin embargo, que el estímulo del odio, la intolerancia y la desinformación representaba un ejercicio abusivo de la libertad de expresión y que nadie podía invocar ese derecho para atacar el sistema democrático.

Además, Dias Toffoli se refirió al riesgo, cada vez mayor, que las *fakenews* constituían para los valores democráticos. Observó que formaban parte de verdaderas campañas de desinformación cuyo objetivo era sembrar el caos, provocar agitación continua en la opinión pública y estimular la división social y el conflicto institucional. Advirtió que, a pesar de su apariencia absurda, detrás de las *fakenews* se ocultaba una lógica sólida de desestabilización.

Por el contrario, la única disidencia fue la del ministro Marco Aurélio, quien observó que el art. 43 del reglamento interno del Tribunal, que habilita la apertura

de la investigación, no había sido admitido en la Constitución de 1988. Advirtió que había habido una violación del sistema penal constitucional, que divide las funciones acusatorias, pues el proceso no había sido iniciado por el procurador general. Consideró que ese vicio de origen impugnaba toda la investigación. Además, argumentó que las publicaciones críticas contra los ministros que se examinaban estaban protegidas por el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento.

**TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL**, *ADPF 572*, sentencia del 18-6-2020, en <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445764&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445278&ori=1>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF572VotoDT.pdf>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF572votoCM.pdf>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF572VotoRL.pdf>.



## **Derecho a la libertad de expresión y comunicación. Abusos. Ley de Lucha Contra las Expresiones de Odio en Internet. (Francia).**

**Antecedentes del caso:** un grupo de sesenta senadores impugnaron ante el Consejo Constitucional de Francia los arts. 4, 5 y 8 y ciertos párrafos de los arts. 1.º y 7 de la Ley de Lucha Contra las Expresiones de Odio en Internet (ley Avia). Alegaron que las normas resultan contrarias a lo dispuesto en el art. 45 de la Constitución y vulneran la libertad de expresión y de comunicación de una manera desproporcionada, debido a la ausencia de garantías suficientes. Por otro lado, sostuvieron que los artículos impugnados imponen obligaciones imposibles de cumplir para los editores y los servicios de *hosting* de las plataformas *online*, y que, por lo tanto, desconocen el principio de igualdad ante las cargas públicas.

**Sentencia:** el Consejo Constitucional de Francia declaró que los arts. 4, 5, 7 y 8 y los párr. I y II del art. 1.º de la Ley de Lucha Contra las Expresiones de Odio en Internet son contrarios a la Constitución.

El Consejo Constitucional recordó que, de acuerdo con el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”. Por ello, considerando el estado en que se encuentran actualmente los medios de comunicación, y tomando en cuenta el desarrollo generalizado de los servicios de comunicación *online* así como la importancia que estos tienen en la participación en la vida democrática y en la expresión de las ideas

y de las opiniones, el Consejo sostuvo que ese derecho implica la libertad de acceder a dichos servicios y de expresarse a través de ellos.

El Consejo Constitucional —fundándose en el art. 34 de la Constitución, según el cual la ley fija las normas relativas a los derechos cívicos y a las garantías fundamentales concedidos a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas—observó que el legislador puede establecer normas para el ejercicio del derecho a la libre comunicación y a la libertad de hablar, escribir e imprimir, así como disposiciones destinadas a terminar con los abusos al ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación que atentan contra el orden público y contra el derecho de terceros. Sin embargo, sostuvo que el ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación es un requisito de la democracia y una de las garantías del respeto a los demás derechos y libertades.

El párr. I del art. 1.º de la ley en cuestión prevé que la autoridad administrativa puede solicitar al *hosting* o a los editores de una plataforma *online* el retiro de ciertos contenidos de carácter terrorista o de pornografía infantil, que, de no haber sido efectivizado en un plazo de 24 horas, permite a la autoridad administrativa notificar a los proveedores de acceso a internet la lista de los respectivos sitios a fin de que se impida el acceso sin demora. El *hosting* y los editores disponen de un plazo de una hora para retirar los contenidos notificados por la autoridad administrativa, y, en caso de incumplimiento de esa obligación, quedan sujetos a una pena de un año de prisión y a una multa de €250 000.

La difusión de imágenes de pornografía infantil y la incitación al terrorismo o su apología constituyen abusos a la libertad de expresión y de comunicación que vulneran gravemente el orden público y el derecho de terceros. Al imponer a los editores y a los servicios de *hosting* el retiro de los contenidos que el administrador estima contrarios a los arts. 227-23 y 421-2-5 del Código Penal, el legislador pretendió poner fin a esos abusos. Sin embargo, el Consejo Constitucional consideró que la determinación del carácter ilegal de los contenidos no se funda en su carácter manifiesto sino que está sometida a la apreciación de la administración. Por consiguiente, el Consejo Constitucional consideró que el legislador, de manera no apropiada, necesaria ni proporcional al objetivo perseguido, vulneró la libertad de expresión y de comunicación.

El párr. II del art. 1.º de la ley en examen impone a ciertos operadores de plataformas *online* —so pena de sanciones penales— retirar o hacer inaccesibles los contenidos ilegales en un plazo de 24 horas. Se trata de apología del delito; de incitación a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o un grupo de personas en razón de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada o en razón de su sexo, su orientación sexual o identidad de género o su discapacidad, o de incitación a la discriminación contra estas personas; de negación de la existencia de un delito contra la humanidad según la definición del art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cometido por miembros de una organización declarada criminal en aplicación del art. 9 de dicho estatuto, o por una persona declarada culpable de tales delitos por un tribunal francés o internacional; de negación o banalización exagerada de la existencia de un delito

de genocidio, de un delito contra la humanidad diferente a los delitos precitados, de un delito de reducción a la esclavitud o de explotación de una persona reducida a la esclavitud, o de un delito de guerra cuando éste haya dado lugar a una condena pronunciada por un tribunal francés o internacional; de injuria cometida contra una persona o un grupo de personas en razón de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada o contra una persona o un grupo de personas en razón de su sexo, su orientación sexual o identidad de género o su discapacidad; de acoso sexual, de transmisión de una imagen o una representación de un menor con carácter pornográfico; de incitación directa a actos de terrorismo o de apología del terrorismo y de difusión de un mensaje de carácter pornográfico susceptible de ser visto o percibido por un menor.

El Consejo Constitucional consideró que la obligación de retirar los contenidos en cuestión se impone al operador desde el momento en que una persona le indica la existencia de un contenido ilegal, señala su identidad, la ubicación de ese contenido y los motivos por los cuales resulta manifiestamente ilegal. Sin embargo, la obligación no está subordinada a la intervención previa de un juez ni sometida a ningún otro requisito. Por ello, le corresponde al operador examinar todos los contenidos que le son indicados, a fin de no correr el riesgo de ser sancionado penalmente.

Por otro lado, el Consejo Constitucional estimó que, tomando en consideración las dificultades de evaluación del carácter manifiesto de ilegalidad de los contenidos señalados y del riesgo de que sean muy numerosos, el plazo de 24 horas resulta particularmente breve.

Asimismo, el Consejo observó que, si bien de la discusión parlamentaria surge que el legislador previó una causa de exención de responsabilidad de los operadores de plataformas *online* según la cual el carácter intencional de la infracción puede resultar de la ausencia de una evaluación apropiada y necesaria del contenido notificado, la redacción del texto de la ley no permite determinar su alcance.

Por todos estos motivos, el Consejo Constitucional concluyó que, en vista de las dificultades existentes para la evaluación del carácter manifiestamente ilegal de los contenidos señalados en el plazo previsto, así como de la ausencia de una causa específica de exención de responsabilidad, las disposiciones impugnadas no pueden sino inducir a los operadores de plataformas *online* a retirar los contenidos que les son señalados, sean o no manifiestamente ilegales. Las mismas, pues, vulneran el ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación de manera innecesaria, inapropiada y desproporcionada.

**CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA**, sentencia n.º 2020-801DC del 18/6/2020, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>.



## **Derecho a la libertad de opinión y de expresión. Redes sociales. Twitter. Suprema Corte. Desacato. Estado de emergencia por COVID-19. Derecho al acceso a la justicia. (India).**

**Antecedentes del caso:** Mahek Maheshwari presentó una petición ante la Suprema Corte de la India a fin de que iniciara procedimientos contra el abogado Prashant Bhushan por desacato, a raíz de la publicación de dos tuits. En uno de ellos, Bhushan había manifestado que, mientras el presidente de la Suprema Corte montaba en una moto costosa sin barbijo ni casco, al mismo tiempo mantenía cerrado el alto tribunal, y le negaba a la ciudadanía el derecho fundamental de acceder a la Justicia. En el otro, sostenía que, cuando en el futuro los historiadores observaran los últimos seis años, verían cómo había sido destruida la democracia en la India y señalarían el rol que en ese proceso había cumplido la Suprema Corte, y, en particular, sus últimos cuatro presidentes.

Bhushan alegó que la publicación de los tuits respondía a su preocupación por el hecho de que, en los últimos tres meses, la Suprema Corte no había funcionado, por lo que los derechos fundamentales de los ciudadanos habían sido desatendidos. Bhushan sostuvo que si fuera considerado en desacato, se estaría reprimiendo la libertad de expresión e incurriendo en una restricción irrazonable del derecho garantizado en el art. 19.1 de la Constitución.

Por su parte, Twitter Inc. sostuvo que los tuits que sus usuarios publicaban en la plataforma no eran de su autoría, que no ejercía un control editorial sobre ellos y que actuaba únicamente como intermediario. Agregó que, al tomar conocimiento de los tuits impugnados, había bloqueado su acceso y los había deshabilitado. Por esas razones, Twitter Inc. fue eximido del proceso.

**Sentencia:** la Suprema Corte de la India declaró a Prashant Bhushan culpable de desacato al alto tribunal.

La Suprema Corte analizó los tuits para determinar si estaban protegidos por lo establecido en el art. 19.1 de la Constitución en cuanto a críticas al sistema efectuadas de buena fe y en función del interés público en general.

Observó que era de público conocimiento que, debido a la pandemia causada por el COVID-19, el trabajo presencial de la Suprema Corte había tenido que ser suspendido para evitar reuniones masivas y prevenir los contagios. Sin embargo, inmediatamente después, el alto tribunal había comenzado a funcionar a través de videoconferencias. En efecto, entre el 23 de marzo de 2020 y el 4 de agosto de 2020 había conocido de 12.748 asuntos. Por ello, la Suprema Corte consideró que la afirmación de que su presidente había mantenido cerrado el tribunal y negado a los ciudadanos su derecho fundamental de acceso a la Justicia resultaba completamente falsa. Además, estimó oportuno mencionar que el mismo Bhushan había aparecido en varias ocasiones en las videoconferencias en carácter de abogado y litigante. En consecuencia, consideró que el tuit de Bhushan estaba orientado a debilitar la confianza de la población en general en la institución judicial y en el presidente de la Suprema Corte y a socavar la dignidad y la autoridad de la administración de justicia.

Por otra parte, la Suprema Corte sostuvo que, al evaluar si las críticas de Bhushan habían sido hechas de buena fe o no, era preciso analizar las circunstancias concomitantes, una de las cuales era el alcance de la publicación que, en este caso, llegaba a millones de personas. Asimismo, debía tenerse en cuenta la persona que había hecho la declaración y, lo cierto era que Bhushan había ejercido en los últimos treinta años en la Suprema Corte y en el Tribunal Superior de Delhi. Como parte de la administración de justicia, en lugar de proteger la potestad de la ley, había incurrido en un acto tendiente a desprestigiar a la institución. Por ello, los tuits no podían ser entendidos como una crítica honesta al funcionamiento del poder judicial, hecha de buena fe y en función del interés público.

La Suprema Corte afirmó que el Poder Judicial de la India era el pilar central sobre el que descansaba la democracia constitucional y que el intento de desestabilizar sus cimientos debía ser enfrentado con mano de hierro. Señaló que, en efecto, en la India los ciudadanos tenían gran estima por el Poder Judicial ya que lo consideraban la última esperanza para que se haga justicia. Destacó que la Suprema Corte cumplía un rol de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y tenía el deber de mantener a los demás pilares de la democracia —el Ejecutivo y el Legislativo— dentro del marco constitucional. Por ello, si el ataque al Poder Judicial no era enfrentado con firmeza, podía afectar el honor y el prestigio nacional en el concierto de las naciones. Los magistrados valientes e imparciales, según el alto tribunal, son el baluarte de una democracia saludable y no hay que permitir que la confianza en ellos sea menoscabada por ataques maliciosos.

**Nota de la Oficina de Referencia Extranjera:** el 31 de agosto de 2020, la Suprema Corte de la India ordenó a Bhushan pagar una multa de INR 1 antes del 15 de septiembre de ese año. En su defecto, sería castigado con tres meses de prisión y tres años de suspensión de la matrícula.

**SUPREMA CORTE DE LA INDIA,** *In RE: Prashant Bhushan & Anr... Allegedcontemnor(s)*, sentencia del 14-8-2020, en [https://www.livelaw.in/pdf\\_upload/pdf\\_upload-379895.pdf](https://www.livelaw.in/pdf_upload/pdf_upload-379895.pdf).




---

**Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Derecho de los no creyentes, ateos y agnósticos. Discriminación. Derecho a la igualdad. Principio de laicidad del Estado. (Italia).**

**Antecedentes del caso:** en 2013, la Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR) —(Unión de Ateos y Agnósticos Racionalistas)— solicitó al servicio de anuncios públicos del municipio de Verona que pegara diez carteles con la inscripción “Dio” —Dios— con la “D” tachada (por lo que se lee “io” que en italiano significa “yo”) y, en caracteres más pequeños, “10 millones de italianos viven

bien sin D y, cuando son discriminados, la UAAR está a su lado”. En caracteres aún más pequeños figuraba el logo y el nombre de la asociación.

La Junta Municipal rechazó la solicitud de la UAAR porque consideró que el contenido de los carteles resultaba potencialmente lesivo para cualquier religión.

La UAAR, entonces, promovió una demanda ante el Tribunal de Roma para que se pronunciara sobre el carácter discriminatorio de la decisión del municipio de Verona, le ordenara cesar en su conducta discriminatoria y dispusiera el resarcimiento de los daños. Por su parte, el municipio alegó que el rechazo no implicaba discriminar la actividad de la Unión, sino que, por el contrario, los carteles, tal como habían sido realizados, herían la sensibilidad del sentimiento religioso en general.

El Tribunal de Roma rechazó la demanda y sostuvo que, en virtud de la normativa nacional e internacional existente en la materia, la negativa del municipio de Verona no era discriminatoria, ya que apuntaba exclusivamente a las modalidades gráficas y expresivas de los carteles.

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Roma rechazó el recurso de apelación presentado por la UAAR y confirmó en su totalidad la decisión de primera instancia.

Entonces, la UAAR recurrió ante la Corte de Casación y alegó la violación y la falsa aplicación de los arts. 19 y 21 de la Constitución, del art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del art. 43 del Decreto Legislativo n.º 286/1998 en relación con el art. 360.1 n.º 3 del Código Procesal Civil.

**Sentencia:** la Corte de Casación acogió el recurso interpuesto y reenvió la sentencia impugnada a la Corte de Apelaciones de Roma.

La Corte de Casación observó que el art. 19 de la Constitución prevé el derecho de todos a profesar libremente la propia fe religiosa, tanto individual como colectivamente, así como a hacer propaganda y ejercer su culto en público o en privado, y que, indudablemente, la propaganda religiosa constituye una forma de manifestación del pensamiento, de conformidad con el art. 21 de la Constitución. En oposición a las normas internacionales en la materia, el tenor literal del art. 19 hace referencia a la libertad “positiva” de religión y reconoce facultades amplias a los fieles de una determinada confesión religiosa, a los que concede plena libertad de profesión, de propaganda y de culto, con el único límite de que los ritos no sean contrarios a las buenas costumbres.

El texto de la norma carece de una mención expresa y específica a la libertad de conciencia, entendida como libertad para cambiar de credo y para profesar una fe meramente laica o agnóstica. Inicialmente, el alcance limitado de la disposición originó una orientación restrictiva de la Corte Constitucional italiana según la cual, el ateísmo comenzaba donde terminaba la fe religiosa, lo que excluía la posibilidad de que el credo ateo o agnóstico pudiera encontrar su fundamento en el art. 19 de la Constitución. Sin embargo, en lo sucesivo, la jurisprudencia constitucional consideró que la tutela de la libertad de conciencia de los no creyentes estaba incluida en una libertad más amplia en materia religiosa garantizada por los arts. 19 y 21 de la Constitución.

La Corte de Casación recordó el art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reza: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”.

Asimismo, la Corte de Casación observó que el derecho de los ateos y de los agnósticos a profesar un credo que rechaza cualquier confesión religiosa (pensamiento religioso “negativo”) está tutelado, a nivel nacional e internacional, de igual modo y en la misma medida que el credo religioso “positivo”. Por ello, la libertad de conciencia se conjuga con el principio de laicidad del Estado, considerado como regla de no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la libertad religiosa.

El principio supremo de laicidad que caracteriza al Estado italiano postula una actitud equidistante e imparcial del Estado frente a todas las confesiones religiosas y de igual protección de conciencia de las personas que se reconocen en una fe, independientemente de la confesión de pertenencia, aun si se trata de una confesión exclusivamente laica o agnóstica.

Del derecho a profesar el ateísmo o el agnosticismo deriva la libertad de hacer propaganda en la forma que se considere más oportuna. El art. 19 de la Constitución legitima las más diversas actividades—inclusive aquellas de naturaleza crítica, siempre y cuando no se traduzcan en formas de agresión o vilipendio de la fe profesada por otros— orientadas al proselitismo, es decir, a la obtención de nuevos adeptos en todos los modos lícitos y posibles. Ello no implica que no se pueda optar, como en este caso, por una forma de propaganda de un credo religioso “negativo”, es decir, ateo y agnóstico, y la presencia de una asociación que asiste a quienes lo profesan. En el ordenamiento republicano, el principio de laicidad no debe entenderse como una actitud de indiferencia frente a la experiencia religiosa, sino como salvaguardia de la libertad de religión en un régimen de pluralismo confesional y cultural. En efecto, los arts. 2, 3 y 19 de la Constitución ponen en evidencia el valor de la libertad religiosa en su significado más amplio de “libertad de conciencia” y especifica la doble prohibición de que los ciudadanos sean discriminados por motivos de religión y de que el pluralismo religioso limite la libertad negativa de no profesar religión alguna. Por ello, la opción negativa de los ateos y agnósticos, en la medida en que no agrede o denigre la religión de los demás, también debe ser respetada y tutelada.

Del reconocimiento de que los ateos y los agnósticos tienen el mismo derecho que los fieles de las diferentes religiones a profesar su propio pensamiento religioso “negativo”, también deriva la prohibición, impuesta por los arts. 2, 3 y 19 de la Constitución, de que sean discriminados en la profesión de ese pensamiento. En este sentido, y dado que se trata de un derecho comunitario de aplicación directa en el ordenamiento italiano, la Corte de Casación consideró relevante el art. 1 de la Directiva 2000/78 CE, que dispone lo siguiente: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por

motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Asimismo, el art. 2 de la misma directiva reza: “1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

La Corte de Casación consideró que tal amplitud en el concepto de discriminación ponía de manifiesto el error de la sentencia impugnada, que había desestimado la discriminación en perjuicio de la UAAR solamente porque no se habría concedido, en el mismo contexto temporal, espacios para la fijación de carteles a favor de los fieles de determinadas religiones. El juez no tomó en cuenta la manifiesta discriminación contra los adeptos a un credo laico y se violaron, de este modo, las disposiciones comunitarias mencionadas.

Por último, cabe agregar que los arts. 43 y 44 del Decreto Legislativo n.º 286/1998 contienen afirmaciones sustancialmente coincidentes con las normas europeas, pues la noción de discriminación del art. 43.1 considera que el acto de discriminación es el que directa o indirectamente comporta una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en las convicciones y prácticas religiosas y cuyo objetivo o efecto es destruir o comprometer el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Por todas estas razones, la Corte de Casación reenvió la sentencia impugnada a la Corte de Apelaciones de Roma para que revaluara el fondo de la controversia y aplicara los siguientes principios de derecho: 1) de conformidad con los arts. 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución y el art. 1 del Protocolo Adicional al Concordato entre Estado e Iglesia de 1984, de los que deriva la existencia del “principio supremo de laicidad” en el ordenamiento del Estado, así como de conformidad con el art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 9 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, debe ser garantizada la libertad equivalente de las personas que se reconozcan en una fe cualquiera sea su confesión, incluso si se trata de un credo ateo o agnóstico y su derecho a profesarla

libremente; 2) del reconocimiento del derecho de libertad de conciencia también a los ateos o agnósticos deriva el derecho de todos a hacer propaganda en las formas que consideren más oportunas, atento a la previsión abierta y general del art. 19 de la Constitución; 3) el principio de igualdad de tratamiento dispuesto en los arts. 1 y 2 de la Directiva n.º 78/2010 y de los arts. 43 y 44 del Decreto Legislativo n.º 286/1998 impone la garantía de una forma de igualdad entre todas las formas de religiosidad, inclusive del credo ateo o agnóstico, y su violación implica la discriminación prohibida que se verifica cuando, en la comparación entre dos o más sujetos, no necesariamente en el mismo contexto temporal, uno de ellos ha sido, es o sería beneficiado respecto del otro, tanto por efecto de una conducta realizada directamente por la autoridad o por privados, o como consecuencia de un comportamiento en apariencia neutro, pero que de todas formas tenga un efecto negativo para los seguidores de la religión discriminada.

**CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA**, sentencia n.º 7893, del 17-4-2020, en [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/7893\\_04\\_2020\\_no-index.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/7893_04_2020_no-index.pdf).




---

### **Derecho a la personalidad jurídica. Reconocimiento. Estado civil. Derecho a la identidad. Inscripción registral de una menor. (Colombia).**

**Antecedentes del caso:** una niña nació en Medellín en 2005. De acuerdo con la información consignada en el registro civil de nacimiento, sus padres son Jorge Iván Ochoa Gálvez y Carmen Cecilia López Martínez. Pero en la partida de bautismo de 2013, la madre figura como Santana del Carmen López Mercado.

En 2018, López Mercado solicitó a la Notaría 24 de Medellín que corrigiera el registro civil de la menor. La notaría no lo hizo porque el registro presentaba un vicio de nulidad, ya que no estaba establecida la identidad de los otorgantes. Indicó que se debía solicitar a la Registraduría Nacional del Estado Civil en Bogotá la cancelación del registro civil para poder realizar una nueva inscripción con los datos correctos. Luego de que se hubiera presentado la solicitud, en 2019 la Registraduría Nacional del Estado Civil informó a López Mercado que el registro civil de nacimiento no presentaba un vicio de nulidad, que su autenticidad se presumía y que la Notaría debía corregir el error.

Mediante un representante, López Mercado interpuso una acción de tutela contra la Notaría 24 de Medellín y la Registraduría Nacional del Estado Civil ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín. Alegó que tanto la madre como la hija habían sido agraviadas en sus derechos a la familia, la igualdad, la identidad y la personalidad jurídica, dado que ambas entidades se habían negado a corregir el

registro civil de nacimiento de la menor, en lo que atañe a la condición de madre de López Mercado. El representante indicó, por otro lado, que la accionante no sabía leer ni escribir. Como antes de inscribir a su hija López Mercado había extraviado el documento de identidad y había solicitado una copia, se estimó que, por error, la Registraduría Nacional del Estado Civil le había entregado un documento a nombre de Carmen Cecilia López Martínez y que la mujer no había podido advertirlo por ser analfabeta. Por esa razón se habría registrado a la niña como hija de Carmen Cecilia López Martínez. Expuso, además, otras consecuencias del error de registro, como inconvenientes para afiliar a su hija al sistema de seguridad social y para matricularla en centros educativos. Solicitó que se ordenara a las entidades accionadas corregir el registro civil de nacimiento.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, en única instancia, resolvió no tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud y seguridad social invocados. Sostuvo que la acción de amparo no cumplía con el requisito de subsidiariedad, y que la accionante debía acudir a la vía judicial ordinaria.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, que denegó el amparo constitucional. En su lugar, tuteló el derecho fundamental a la personalidad jurídica de Santana del Carmen López Mercado y de su hija. Además, ordenó a la Notaría 24 de Medellín corregir el registro civil de la menor de manera que quedara consignado el nombre de la madre como Santana del Carmen López Mercado.

1. En la solicitud de tutela, se argumentó que las entidades accionadas habían vulnerado los derechos de López Mercado y de su hija a la familia, la igualdad, la identidad y la personalidad jurídica. Sin embargo, los hechos narrados por la accionante, la respuesta de las entidades accionadas y las pruebas que constan en el expediente no demuestran, siquiera *prima facie*, una vulneración autónoma e independiente de los derechos a la familia, igualdad e identidad. La accionante fundamentó un perjuicio en relación con el derecho a la personalidad jurídica del cual solo eventualmente derivarían dificultades en el goce y ejercicio de los demás derechos.

Por lo tanto, la Sala solo debe resolver si las entidades accionadas vulneraron el derecho a la personalidad jurídica de la accionante y su hija por negarse a corregir el registro civil de la menor en lo relativo al nombre de la madre.

2. Respecto de los requisitos de procedencia, la Sala constató que se cumplía la legitimación activa y pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. Este último, dado que no existe un medio judicial ordinario que permita satisfacer las pretensiones de la accionante, quien agotó los trámites administrativos que debía cumplir para poder corregir el registro civil de la menor. Por otra parte, en este caso, el proceso de jurisdicción voluntaria ante un juez civil y la impugnación de la maternidad ante un juez de familia no son procedentes.

Los notarios únicamente pueden realizar modificaciones en el estado civil que tengan como objeto “ajustar la inscripción a la realidad”, respecto de situaciones cuya verificación requiera apenas de un simple ejercicio de comprobación o comparación

entre los documentos y la inscripción. Por el contrario, la intervención judicial es necesaria siempre que para la corrección del registro se requiera un ejercicio de valoración o de interpretación, es decir, en los casos en que, después de revisados los documentos, exista incertidumbre o controversia respecto del elemento del estado civil que se pretenda modificar.

3. En este caso, solicitó la corrección del registro civil de la menor pues el nombre de la madre aparece como Carmen Cecilia López Martínez. De acuerdo con la información suministrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Sala advirtió que existía un error en el registro civil de nacimiento de la menor, dado que su madre aparecía identificada con un cupo numérico que nunca fue expedido y con un nombre que no le correspondía. Este error fue el resultado de que, a la fecha del registro de la menor, Santana del Carmen López Mercado presentó un documento que no la identificaba correctamente. Además, la comprobación de ese error pudo haberse establecido con un simple cotejo entre el registro civil de la menor y la certificación aportada por la Registraduría al trámite de tutela. En consecuencia, la corrección solicitada podría haber sido realizada por el notario mediante escritura pública, ya que era innecesaria la valoración o interpretación de su parte. Esta corrección tampoco supone un cambio en el estado civil o la filiación de la menor. Por estas razones, acudir al juez civil por medio de un proceso de jurisdicción voluntaria no es procedente *prima facie*.

4. Por otra parte la Sala estimó, al contrario de lo decidido por el *a quo*, que la acción de impugnación de maternidad no era la adecuada, dado que el objeto de esa acción es que el juez declare que la madre que aparece en el registro no es la madre biológica. En cambio, en este caso, la acción de tutela no fue interpuesta con el objeto de denunciar una falsa maternidad de acuerdo con los datos del registro, sino que pretende corregir la identificación de la madre de la menor, que aparece consignada incorrectamente en el registro.

Además, los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra los actos y/u omisiones de las entidades accionadas no son adecuados para satisfacer las pretensiones de la accionante, pues no tienen por objeto corregir los errores en el registro civil y no son eficaces en atención a la situación de vulnerabilidad de la accionante y su hija. En efecto, por el hecho de ser analfabeta, se dificulta para la accionante poder acudir a los medios ordinarios de defensa. Además, está en juego el derecho a la personalidad jurídica de la menor, sujeto de especial protección constitucional. Finalmente, la accionante relata que el error en el registro entorpece el goce de otros derechos de su hija, como la afiliación al servicio de seguridad social en calidad de beneficiaria suya. En estos términos, acudir a los medios de control ordinarios constituye una carga excesiva para la accionante y su hija. Por las razones expuestas, la Corte entendió que la acción de tutela era procedente.

5. Según el art. 14 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. El ámbito de protección de este derecho comprende la capacidad de la persona para participar en el tráfico jurídico, ser titular de derechos y obligaciones y poder gozar y disponer de determinados atributos que determinan su relación con la sociedad y el Estado.

Uno de los atributos más importantes es el estado civil, dado que por su intermedio se identifica y diferencia a una persona del resto. Además, el estado civil determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad y de él se derivan derechos y obligaciones que se regulan por la ley civil.

6. La Sala entendió que el derecho a la personalidad jurídica de la menor y de su madre había sido violado. El error en el registro civil de nacimiento de la menor les ha dificultado participar en el tráfico jurídico y ejercer las prerrogativas que se derivan de la condición de hija y de madre.

Sin embargo, esa afectación no pudo ser endilgada a las entidades accionadas. De las constancias obrantes en el expediente, la Sala advirtió que el error en el registro de la niña tuvo origen en que López Mercado —al inscribirla— contaba con un documento apócrifo, que en su momento le entregara un gestor. Ninguna de las entidades accionadas omitió de manera injustificada la corrección del registro. La Notaría 24 no vulneró los derechos de la accionante, en tanto no estaba facultada legalmente para modificar el registro civil de la menor. Además, cuando se solicitó la corrección, no tenía certeza de que la información consignada en el registro fuera equivocada. Por lo tanto, no solo no vulneró los derechos de la accionante y de la menor, sino que, por el contrario, actuó de conformidad con sus obligaciones constitucionales y legales, amparada en la presunción de validez y veracidad del registro y de los documentos citados. Por su parte, la Registraduría Nacional del Estado Civil tampoco vulneró los derechos de la accionante, ya que tampoco estaba facultada legalmente para corregir los errores en el registro. En efecto, el registro civil de la menor no presentaba un vicio de nulidad porque estaba amparado por una presunción de autenticidad, y porque la accionante no alegó una vulneración al derecho de petición.

7. Con el objeto de subsanar la violación del derecho a la personalidad jurídica de la accionante y de su hija, la Sala ordenó a la Notaría 24 de Medellín corregir el registro civil de la menor, de manera que quede consignado que su madre es Santana del Carmen López Mercado. Para tales efectos, la Sala ordenó que se remitiera a la notaría una copia de la sentencia.

La Sala destacó la procedencia de una orden de esta naturaleza, dado que existe certeza de que el registro civil de nacimiento de la menor presenta un error respecto de la identificación de su madre. La corrección del error no supone un cambio en el estado civil ni en la filiación. Obligar a la accionante a iniciar nuevamente el trámite notarial de corrección sería inoficioso y perpetuaría los efectos de la vulneración a sus derechos en el tiempo, más aún, teniendo en cuenta las dificultades que supone realizar este tipo de trámites para la accionante, que no sabe leer.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Primera de Revisión**, acción de tutela instaurada por Santana del Carmen López Mercado contra la Notaría 24 de Medellín y la Registraduría Nacional del Estado Civil, sentencia T-562/19, del 20-11-2019, en <https://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-562-19.htm>.



## **Derecho a la privacidad de las telecomunicaciones. Derecho a la libertad de prensa. Servicio de inteligencia federal. Espionaje a periodistas. Telecomunicaciones extranjeras. (Alemania).**

**Antecedentes del caso:** los recurrentes son en su gran mayoría periodistas que denuncian violaciones de los derechos humanos en zonas de conflicto y en Estados autoritarios. La queja constitucional cuestiona la Ley del Servicio de Inteligencia Federal vigente, *Bundesnachrichtendienst*, modificada en 2016, en cuanto a las medidas de vigilancia a las que se encuentran sometidos los quejosos. La ley infringe el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la libertad de prensa. La reforma de la ley crea una base legal para la vigilancia estratégica de telecomunicaciones de extranjeros en el extranjero por parte del Servicio de Inteligencia Federal. Otorga poderes y potestades al Servicio para acceder a rutas y redes de transmisión de telecomunicaciones, para recopilar datos con el fin de identificar aquellas que sean de interés mediante el uso de palabras clave, entre otras herramientas de análisis, y para elaborar un compendio. De acuerdo con las disposiciones impugnadas, los datos relacionados con las telecomunicaciones que involucran a ciudadanos alemanes o personas que viven en Alemania deben separarse del resto y eliminarse antes de cualquier análisis posterior. Es posible que los datos sean recopilados de forma incidental por razones técnicas, pero están excluidos del examen o uso por parte del Servicio de Inteligencia.

La vigilancia estratégica no depende de motivos específicos, sino que atañe a las comunicaciones en general entre extranjeros en el extranjero. Su finalidad es obtener información que sea de interés para Alemania en asuntos de política exterior o de seguridad. Esta potestad no se encuentra sujeta a criterios objetivos, sino que simplemente se ejerce con miras al propósito perseguido. La vigilancia puede basarse en palabras clave relacionadas con una circunstancia y no dirigirse a individuos específicos o a la inversa, que suele ser lo más común. Los datos de tráfico pueden conservarse y analizarse durante seis meses.

La queja constitucional se dirige principalmente contra las nuevas disposiciones legales que permiten al Servicio de Inteligencia Federal recopilar, almacenar y analizar datos en el contexto de la vigilancia o espionaje de las telecomunicaciones en el extranjero así como también las disposiciones que autorizan al Servicio de Inteligencia Federal a transferir la información obtenida de alguna entidad pública nacional (especialmente de la policía y de fiscalías) o bien extranjera y de entidades privadas. Estas facultades sobre las transferencias de datos se basan en las disposiciones de otros estatutos, particularmente en las disposiciones de transferencia expresadas en la Ley Federal de Protección de la Constitución, *Bundesverfassungsschutzgesetz*. La queja constitucional también se dirige contra la potestad que se otorga al Servicio de Inteligencia Federal de cooperar con los servicios de inteligencia extranjeros. La cooperación incluye el filtrado del tráfico de datos recopilados por el Servicio de Inteligencia Federal en base a palabras clave determinadas por extranjeros, así como la transferencia automática de cualquier coincidencia y de datos de tráfico sin filtrar. Afecta tanto la recolección y el procesamiento de datos como la transmisión de los datos a otras instituciones y la cooperación con servicios de inteligencia extranjeros.

Estos procedimientos exceden las facultades del Servicio de Inteligencia Federal para realizar una vigilancia estratégica de las telecomunicaciones (§§ 5 y siguientes de la ley que restringe la privacidad de la correspondencia, publicaciones y telecomunicaciones, *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*).

El Tribunal Constitucional sostiene que el Servicio de Inteligencia Federal está sujeto a la obligación de proteger los derechos humanos según la Ley Fundamental, *Grundgesetz*, en la vigilancia de las telecomunicaciones de extranjeros en otros países. Sus actuales bases legales violan el derecho fundamental a la privacidad de las telecomunicaciones (art. 10.1 LF) y la libertad de prensa (art. 5.1.2 LF). Los procesos de recopilación, procesamiento y transferencia de datos, así como la transferencia de datos obtenidos de otras entidades y la cooperación con servicios de inteligencia extranjeros, deben ser modificados para que concuerden con la Ley Fundamental.

El Tribunal sostiene que, en virtud del art. 1.3 LF, los servicios alemanes están obligados por los derechos fundamentales tanto dentro como fuera del territorio alemán. Los arts. 10.1 y 5.1.2 LF brindan protección contra la vigilancia de las telecomunicaciones nacionales y en el extranjero. El legislador responsable de las disposiciones sobre las que se basan los servicios supuso que los derechos fundamentales no eran aplicables en materia de inteligencia. Por esa razón, las disposiciones no cumplen formal ni sustancialmente con lo dispuesto en el art. 10.1 LF ni satisfacen los requisitos establecidos por los derechos fundamentales en términos sustantivos. La ley actual autoriza al Servicio de Inteligencia Federal a revisar el tráfico de datos a gran escala sin que existan sospechas concretas y aunque, en principio, los ciudadanos alemanes están protegidos contra este tipo de espionaje, es legal, no obstante, interceptar comunicaciones de extranjeros en otros países. Tampoco ofrece protección a periodistas y abogados. Por lo tanto, en relación con la transferencia de datos, las deficiencias que presentan las disposiciones sobre la cooperación con servicios de inteligencia extranjeros consisten en permitir una vigilancia ilimitada, en la falta de aplicación de un límite respecto de la transmisión de datos y en que carecen de un régimen de supervisión independiente. Dicho régimen debe disponer una supervisión legal continua que permita el control integral del proceso de vigilancia y espionaje.

Se debe elaborar, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, un espionaje estratégico de las comunicaciones de los extranjeros en otros países que debe ser compatible con los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Es por eso que el Tribunal Constitucional Federal dispone que la actual ley siga aplicándose hasta fines de 2021 para permitir al legislador modificarla y crear nuevas disposiciones teniendo en cuenta los requisitos constitucionales.

### **Sentencia:**

1. el Tribunal Constitucional Federal de Alemania aclaró expresamente, por primera vez, que la protección de los derechos fundamentales a cargo de la autoridad estatal alemana no se limita al territorio alemán.

El art. 1.3 LF establece que el Estado alemán se atiene total e ineludiblemente a la Ley Fundamental. No es posible inferir requisitos restrictivos que hagan que la aplicabilidad de los derechos fundamentales dependa de una conexión territorial con Alemania o el ejercicio de ciertos poderes soberanos, ya sea de la disposición misma, de su historia legislativa o de su posición en el marco sistemático de la Ley Fundamental. El objetivo de protección integral de los derechos fundamentales, de acuerdo con la Ley Fundamental, pone al individuo como prioridad, lo que supone que, cada vez que el Estado alemán actúa, debe proteger los derechos fundamentales como derechos del individuo, independientemente de dónde, hacia quién y de qué manera lo haga. En cualquier caso, esto es válido para los derechos fundamentales que brindan amparo y protección contra las medidas de espionaje o vigilancia como derechos contra la interferencia estatal.

La aplicabilidad de los derechos fundamentales, incluso en relación con extranjeros en otros países, refleja la participación de Alemania en la comunidad internacional. El art. 1.2 LF ubica los derechos fundamentales en el contexto de las garantías internacionales de derechos humanos que buscan brindar protección más allá de las fronteras nacionales y respetando a las personas como seres humanos. En la medida en que la Ley Fundamental establece ciertos derechos fundamentales como derechos humanos, es decir, que no se aplican exclusivamente a los alemanes, se deduce que se hacen extensivos a los extranjeros en otros países frente a la autoridad estatal alemana. Esta premisa no supone una violación del principio de no intervención en virtud del derecho internacional ni una usurpación de los poderes ejecutivo o legislativo de otros Estados. Más bien, previene el supuesto de que la defensa de los derechos fundamentales quede por fuera de la esfera de acción del Estado alemán en el ámbito internacional y que se vea perturbada la cooperación entre Estados.

No todos los derechos fundamentales gozan del mismo grado de protección como el derecho a la protección contra la interferencia del Estado, el derecho de defensa, las obligaciones positivas del Estado, los beneficios constitucionales y las obligaciones de protección de las garantías del ciudadano. El alcance de las garantías individuales varía de acuerdo de si se trata de territorio alemán o de territorio extranjero. La acción del Estado en un entorno extranjero debe tenerse en cuenta al determinar los requisitos para justificar las intervenciones de los derechos fundamentales dentro de un marco de proporcionalidad.

El caso que nos ocupa se refiere a la protección que brindan los arts. 10.1 y 5.1.2 LF contra el espionaje en las comunicaciones extranjeras realizada por el Servicio de Inteligencia Federal. Las medidas de espionaje interfieren en la protección de los derechos fundamentales que deben ser garantizados de acuerdo con el art. 1.3 LF. Eximir a los servicios de inteligencia de proteger los derechos fundamentales de extranjeros en otros países no se corresponde con la Ley Básica. El efecto vinculante integral de los derechos fundamentales, de conformidad con el art. 1.3 LF, crea el marco en que se pueden tener debidamente en cuenta los riesgos que corre su protección frente a los nuevos desarrollos tecnológicos; en particular en el contexto de la creciente importancia de los servicios de inteligencia, que va aparejada de los avances tecnológicos que facilitan su expansión en terceros países.

La protección frente al espionaje estatal se extiende a las comunicaciones de individuos que actúan en nombre de personas jurídicas extranjeras. No cambia por el hecho de tratarse de aquellos en cuyo nombre actúan y se comunican, como los medios de comunicación extranjeros, que no pueden invocar estos derechos fundamentales.

**2.** El Tribunal Constitucional Federal sostiene que los poderes impugnados del Servicio de Inteligencia Federal son formalmente inconstitucionales.

Sin duda, la competencia para la creación o modificación de lo atinente al Servicio de Inteligencia Federal es la legislativa. La institución que lleva a cabo la vigilancia de las comunicaciones en el extranjero debe surgir de la esfera legislativa de la Federación Alemana, especialmente del área de asuntos exteriores, de conformidad con el art 73.1.1 LF. Esta competencia no incluye la investigación de todos los delitos que involucran algún elemento extranjero. Sin embargo, con respecto a la competencia, la Federación puede conferir al Servicio de Inteligencia Federal no solo la tarea de proporcionar inteligencia al Gobierno Federal, sino también la tarea específica de detección temprana de desarrollos peligrosos que se originen en el extranjero y que tengan una dimensión internacional, siempre que esto no genere poderes operativos. Estos peligros deben ser de tal naturaleza y gravedad que puedan afectar la posición de la República Federal de Alemania en la comunidad internacional y, particularmente por esta razón, deben ser determinantes para la política exterior y de seguridad nacional.

Las disposiciones impugnadas son formalmente inconstitucionales, ya que autorizan interferencias violatorias de la privacidad en las telecomunicaciones de acuerdo con el art. 10.1 LF, y no cumplen con el requisito dispuesto en el art. 19.1.2 LF de especificar expresamente los derechos fundamentales afectados es impedir que se los debilite por medio de interferencias.

**3.** El contenido de las disposiciones no satisface los requisitos centrales de los derechos fundamentales, lo que afecta la regulación en sí.

El instrumento de vigilancia estratégica de las telecomunicaciones como procedimiento especial de inteligencia extranjera es, en principio, compatible con el art. 10.1 LF. Pero por ser un mecanismo ocasional y excepcional, que debe permanecer limitado a la información proporcionada en el extranjero por una autoridad que en sí misma no tiene poderes operativos, debe ser modificada para su total compatibilidad.

La vigilancia estratégica de las telecomunicaciones en el extranjero es una medida particularmente delicada, porque interviene en secreto en las comunicaciones personales, es poco precisa y no tiene como objetivo las consecuencias operativas de la misma manera que el espionaje de ciudadanos alemanes o residentes en Alemania, a cuyos datos el Estado alemán puede acceder con más facilidad. Además, puede recaer sobre cualquier persona y en todo momento; no se requiere un umbral objetivo de intervención en relación con situaciones o personas limitantes. La vigilancia, por lo tanto, tiene un alcance extraordinario, especialmente en las condiciones actuales de la tecnología informática, pues, a diferencia de las telecomunicaciones del pasado, las actuales permiten la vigilancia personal dirigida y la posibilidad de almacenar gran cantidad de datos. En la actualidad es posible analizar y registrar ampliamente

los procesos de comunicación cotidianos, incluso aquellos privados y espontáneos, e identificar los intereses y preferencias de los usuarios de internet.

La vigilancia estratégica puede justificarse constitucionalmente como autorización específica, por tratarse de una medida delicada. La acción estatal se ve restringida por condiciones especiales y se plantean mayores dificultades para obtener información en el extranjero, es por ello que el legislador puede renunciar excepcionalmente a los umbrales de intervención objetivos. El gran interés público por la inteligencia extranjera también es un factor de importancia. La información proporcionada al Gobierno Federal es de vital importancia para las decisiones sobre política exterior y seguridad, dado que colabora con su afirmación en el campo político de las relaciones internacionales y puede prevenir decisiones erróneas con consecuencias graves. Se trata, indirectamente, de la preservación de la autodeterminación democrática y la protección del orden constitucional y, en consecuencia, de los bienes constitucionales de alto rango. La detección temprana de situaciones peligrosas que amenazan desde el exterior también es de importancia para la seguridad nacional. Las consecuencias de la implementación indiscriminada de las telecomunicaciones se moderan cuando las lleva a cabo una autoridad o agencia sin poderes operativos.

4. La estructura del espionaje estratégico debe apoyarse en el perfil de tareas de la inteligencia extranjera y debe ser limitada de manera proporcional.

La Constitución no permite el espionaje global y general. Es por ello que el legislador debe disponer medidas que restrinjan y especifiquen el volumen de datos que pueden circular por las rutas respectivas, y debe delimitar el área geográfica cubierta por el espionaje.

Debe estar plasmado detalladamente en la ley que la comunicación interna o aquella en que estén involucrados ciudadanos alemanes o residentes en Alemania sea debidamente filtrada en condiciones científicas y tecnológicas óptimas. En los casos en que no fuera posible, la eliminación debe ser llevada a cabo de forma manual. Las excepciones deben limitarse al máximo.

El legislador debe determinar los propósitos del espionaje con precisión y claridad. La vigilancia estratégica con el propósito de anticipar peligros debe restringirse a fines determinados y específicos. El espionaje debe estar destinado a ayudar a la toma de decisiones del Gobierno Federal, y debe quedar solo en manos del Servicio de Inteligencia Federal. Debe descartarse la transferencia de datos a otras entidades.

Además, debe precisarse de modo suficiente cada una de las medidas de vigilancia aplicadas. Las reglas de procedimiento deben limitar la vigilancia a propósitos específicos y deben permitir su supervisión. El legislador debe establecer el marco para el análisis de los datos recopilados. Esto incluye el requisito de analizar los datos sin demoras innecesarias, el requisito de proporcionalidad respecto de la selección de palabras clave, de las disposiciones que rigen los métodos intrusivos de análisis de datos y del cumplimiento de prohibiciones específicas de discriminación.

El almacenamiento y la retención de información obtenida mediante inteligencia extranjera deben restringirse al volumen de datos que se pueden recopilar y al tiempo de almacenamiento, que no puede exceder los seis meses.

La vigilancia de las comunicaciones de una persona determinada, como el rastreo de llamadas resulta admisible. Sin embargo, es necesario tener en cuenta la protección de las personas afectadas. En cualquier caso, la ley debe establecer las razones por las cuales las medidas de vigilancia estratégica pueden estar dirigidas a individuos específicos. El legislador debe crear mecanismos de protección especiales respecto de las personas vigiladas por el Servicio de Inteligencia, ya sea porque representan un peligro o porque son objeto de seguimiento.

Paralelamente, debe tenerse en cuenta la aplicación de requisitos especiales para la protección de profesionales y grupos de personas cuya comunicación requiera mayor confidencialidad. La intrusión selectiva merece protección de confidencialidad, por ejemplo, cuando se trata de abogados o periodistas, y el interés del Servicio de Inteligencia no justifica por sí solo la vigilancia. El espionaje dirigido a este grupo de personas debe ser una intervención calificada. Si durante el análisis resulta evidente que las relaciones de confianza sobre las que se han recopilado datos merecen una protección en particular, será necesaria una autorización adicional para determinar si las comunicaciones pueden ser utilizadas. La decisión sobre si una comunicación merece ser protegida debe tomarse sobre la base de los valores consagrados en los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

El legislador debe tener en cuenta qué significa en esencia la vida privada, de modo que una investigación pueda interrumpirse inmediatamente en el mismo momento en que se detecte que se está inmiscuyendo en la privacidad del individuo de acuerdo con su definición específica. Ante la duda, la medida solo podría continuar en forma de grabaciones, que deben ser examinadas por un organismo independiente. La inteligencia relacionada con el dominio altamente personal no podrá ser utilizada y deberá ser descartada inmediatamente.

Finalmente, el principio de proporcionalidad exige la posibilidad de eliminar información almacenada. El legislador debe asegurar que los datos no permanecerán almacenados sin justificación mediante la implementación de un sistema de monitoreo en intervalos cortos. Además, los pasos a seguir en el supuesto de eliminación de datos deben estar razonablemente especificados.

**5.** La regulación impugnada sobre transmisión de datos del espionaje extranjero a otros organismos no es lo suficientemente restrictiva y limitada.

La transmisión de datos personales obtenidos a través del espionaje estratégico a otras entidades constituye una intromisión violatoria de los derechos fundamentales y requiere una base legal clara y específica, de acuerdo con la jurisprudencia vigente.

Ya que no existe un límite preciso para el relevamiento de datos en el marco de la inteligencia estratégica, se debe asegurar la aplicación de principios que regulen la transmisión de su contenido. La transmisión resultará proporcional si se utilizan medios igualmente proporcionales a los que se aplican para el relevamiento de los datos. Además, la decisión sobre la transferencia de datos debe estar a cargo del

Servicio de Inteligencia Federal, con el sustento legal correspondiente. El objetivo de la transmisión debe ser la protección de las personas y las cosas, especialmente de los bienes jurídicos más importantes.

Por el contrario, la transferencia de datos personales directamente al Gobierno Federal está permitida sin requisitos adicionales, en la medida que estén destinados exclusivamente a proporcionar inteligencia políticamente relevante y preparar decisiones gubernamentales. El Gobierno Federal solo puede compartir esta información con otras entidades que estén sujetas a los requisitos generales de transferencia de datos antes mencionados. Si el objetivo del espionaje no involucra la detección de un peligro políticamente relevante para el Gobierno Federal, no está permitido, en principio, compartir datos, solo en casos excepcionalmente delicados.

Cuando los datos se transfieran a entidades extranjeras, el legislador deberá establecer requisitos para asegurar que el destinatario haga uso de los datos de conformidad con el Estado de derecho. Deberá verificarse que en el país receptor se cumplan los requisitos de la ley de protección de datos y los principios fundamentales de los derechos humanos. Si hubiera alguna indicación de que la transferencia de datos pudiera poner en peligro específicamente a un individuo, se requerirá entonces una verificación del motivo de la transmisión individual.

**6.** Las disposiciones sobre cooperación no satisfacen los requisitos constitucionales.

La Ley Fundamental permite la cooperación internacional con los servicios de inteligencia extranjeros. Sin embargo, es necesario que las disposiciones legales sean claras y que garanticen la cooperación y el intercambio entre los servicios de inteligencia, sin eludir los límites establecidos por los derechos fundamentales. Las disposiciones legales deben evitar el intercambio de inteligencia. Tal intercambio es incompatible con la Constitución. Además, el Servicio de Inteligencia debe seguir siendo esencialmente responsable de los datos que ha recopilado y analizado.

Para la recopilación de datos y su uso en el marco de la cooperación con otros servicios de inteligencia, el legislador debe cumplir con los requisitos de vigilancia estratégica establecidos.

Se deberán aplicar exigencias específicas en el caso de que el Servicio de Inteligencia Federal emplee palabras clave en otras lenguas para realizar transferencias automáticas a los servicios de inteligencia cooperantes. Se requiere una evaluación efectiva de las palabras clave en otras lenguas y de las coincidencias resultantes. Con este propósito, los servicios cooperantes deben corroborar lo aceptable de las palabras clave. Además, también en esos casos el Servicio de Inteligencia Federal debe garantizar que los grupos de personas que merecen protección especial estén protegidos. Finalmente, es necesario el compromiso sustancial de los servicios cooperantes, ya que ellos llevarán a cabo el análisis de los datos y sus métodos deben reflejar siempre la protección de los derechos fundamentales de las personas sometidas a vigilancia.

También se deberán tener en cuenta requisitos especiales para la transferencia de datos sin editar por parte del Servicio. Este tipo de transmisión de datos no puede constituir una práctica frecuente ni guiarse exclusivamente por el fin perseguido. Solo podría implementarse en caso de que hubiera una situación específica y concreta de peligro que requiera un tipo de vigilancia calificada. Y los servicios cooperantes deben asegurar al Servicio de Inteligencia Federal que los datos se eliminarán dentro de los seis meses.

7. La regulación impugnada no cumple con un control objetivo e independiente.

Las solicitudes de información pueden proceder solo en la medida que sean indispensables para el desempeño efectivo de las tareas gubernamentales. El legislador puede establecer excepciones, que se limitarán a las que sean estrictamente necesarias, respetando en todo momento los intereses fundamentales de terceros, y garantizando el buen desempeño de la tarea de inteligencia. En relación con las personas que se encuentran en el extranjero, el legislador puede, en principio, abstenerse de imponer requisitos de notificación para las medidas de vigilancia estratégica. Esto reduce significativamente el requisito de transparencia de acción estatal y posibilita la revisión judicial. Para mantener la proporcionalidad se requiere de un control amplio de supervisión objetivo e independiente. El control de supervisión debe ser diseñado de modo que permita la fiscalización integral de todo el proceso de espionaje.

El control debe cumplir dos condiciones: por un lado, debe compensar el déficit legal, por el otro, debe garantizar el hecho de que los poderes de vigilancia se guíen por el propósito perseguido, es decir que el régimen de supervisión debe garantizar que el uso de estos poderes cumpla con la estructura procesal requerida. Así, los pasos procesales de la vigilancia estratégica, incluso *ex ante*, deben estar sujetos a un régimen de supervisión que se asemeje a la revisión judicial y conlleve el poder de toma de decisiones finales. Las medidas deben estar sujetas a un régimen de supervisión administrativa que pueda llevar a cabo, por iniciativa propia, una supervisión aleatoria de la legalidad de todo el proceso de vigilancia.

Se debe garantizar la independencia institucional del órgano de supervisión. Lo que incluye la asignación de un presupuesto especial para la gestión independiente de su personal y su autonomía procesal. El órgano debe estar equipado con el personal y los recursos necesarios para el desempeño efectivo de sus tareas. Sustancialmente, deben disponer de todos los poderes necesarios para la supervisión efectiva del Servicio de Inteligencia Federal. Debe garantizar que la intervención de terceros no obstaculice la supervisión. Se debe garantizar el intercambio abierto y directo con el órgano de supervisión. También debe existir la posibilidad de plantear inquietudes al jefe del órgano de supervisión y, si es necesario, al jefe de la Cancillería Federal, que ejerce la supervisión. También debe ser posible llevar cualquier crítica al Parlamento y, por lo tanto, al público, de una manera abstracta que garantice el secreto.

8. Dado que los poderes en cuestión son de gran importancia para garantizar la capacidad del Gobierno Federal de actuar en asuntos políticos, y dado que pueden reorganizarse para resultar compatibles con los derechos fundamentales, el

Tribunal Constitucional Federal ordenó que, a pesar de su inconstitucionalidad, las disposiciones impugnadas continúen aplicándose provisionalmente hasta el 31 de diciembre de 2021, cuando deberá entrar en vigencia la nueva ley.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA**, caso 1BvR2835/17, sentencia del 19-5-2020, en [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200519\\_1bvr283517.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200519_1bvr283517.html).




---

**Derecho a la privacidad y a la intimidad. Derecho a la inviolabilidad de la confidencialidad de la correspondencia. Derecho procesal penal. Validez de la prueba. Seguridad pública. (Brasil).**

**Antecedentes del caso:** un policía militar, adscrito a la Coordinación Estatal de Defensa Civil de Paraná, dejó, durante su horario laboral, una caja en la sede del gobierno estatal para ser enviada por el servicio público de correspondencia. Los encargados de la clasificación sospecharon del contenido del paquete por su peso excesivo, lo abrieron y encontraron 36 botellas de líquido transparente. La pericia comprobó que las botellas contenían ácido gamma-hidroxibutírico y ketamina, que son estupefacientes sujetos a un control especial.

En el juicio, la defensa alegó que la prueba era ilegal por vulnerar el derecho constitucional a la inviolabilidad de la correspondencia en el marco de un proceso penal. El Consejo Permanente de Justicia Militar de Curitiba condenó al acusado a tres años de prisión, sustituidos por penas restrictivas de derechos, por el delito de narcotráfico cometido por militares en servicio. En la sentencia, el tribunal aseguró que la confidencialidad de la correspondencia no podía legitimar prácticas ilícitas y destacó que no estaba en juego la protección de la privacidad, ya que no había habido una violación de una comunicación escrita o de contenidos que implicaran manifestaciones de pensamiento. Concluyó, por último, que la caja en cuestión debía ser considerada una encomienda, por lo que estaba excluida del derecho a la inviolabilidad previsto por la Constitución Federal.

El Tribunal de Justicia del Estado de Paraná también consideró que la prueba era lícita y rechazó la apelación interpuesta por el accionante. Finalmente, el caso llegó al Tribunal Supremo Federal a través del Recurso Extraordinario 1116949. La defensa reiteró la tesis de la inviolabilidad de la correspondencia, alegó la vulneración del art. 5, incisos XII y LVI, de la Constitución y solicitó la absolución del acusado.

**Sentencia:** el Tribunal Supremo Federal de Brasil, por una mayoría de ocho votos contra tres, concedió el recurso extraordinario, absolvió al acusado y resolvió que la prueba obtenida con apertura de correspondencia sin autorización judicial era ilegal. Declaró que la obtención de pruebas en estas circunstancias era incompatible

con la garantía constitucional de confidencialidad de la correspondencia y de las comunicaciones. La mayoría del pleno suscribió la siguiente tesis general: “sin autorización judicial o fuera de las hipótesis legales, la prueba obtenida mediante la apertura de carta, telegrama, paquete o medio similar es ilegal”.

La mayoría del pleno adhirió al voto del ministro Edson Fachin, que recordó que la interpretación tradicional de la cuestión reconocía al legislador la potestad de definir hipótesis fácticas en las que las autoridades públicas no violarían la confidencialidad. Sostuvo que, sin embargo, en este caso la apertura de la correspondencia no había observado ninguna precaución legal ni había sido precedida de una autorización judicial. Indicó que, por eso, los elementos de prueba que habían motivado la condena eran incompatibles con la garantía de confidencialidad de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas (art. 5, inc. XII, de la Constitución Federal).

Según el ministro, el reglamento de correo vigente (Ley 6538/1978) establece que la apertura de una carta no constituye una violación a la confidencialidad de la correspondencia postal cuando, entre otras hipótesis, hay indicios de que pueda contener una sustancia prohibida. Sin embargo, el reglamento exige que la apertura se haga en presencia del remitente o del destinatario, lo que no ocurrió en este caso.

Del mismo modo, Fachin destacó que, a partir de la Constitución Federal de 1988, la confidencialidad de la correspondencia debía leerse también a la luz de los tratados de derechos humanos y, en consecuencia, de acuerdo con la interpretación de los organismos internacionales de aplicación. Mencionó que el Pacto de San José de Costa Rica preveía que “nadie puede ser sometido a injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni a ofensas ilegales contra su honor o su reputación” y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecía una garantía idéntica. Subrayó de nuevo que la interpretación habitual incluía la necesidad de una previsión legal para cualquier acción de las autoridades que pudiera vulnerar la confidencialidad. Además, observó que una eventual restricción debería tener un propósito legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, cumplir con un estricto examen de proporcionalidad.

Los otros jueces que votaron por la mayoría acompañaron el voto de Fachin, excepto Marco Aurélio y Ricardo Lewandowski. Estos dos ministros propusieron una tesis diferente a la que finalmente prevaleció: “es ilegal la prueba obtenida mediante la apertura, sin orden judicial, de una carta, un telegrama, un paquete o un medio similar en virtud de la inviolabilidad de la confidencialidad de las comunicaciones”. El relator del caso, Marco Aurélio, explicó que la garantía constitucional resguardaba las comunicaciones entre las personas que hubieran sido realizadas por carta, telegrama, paquete o cualquier medio similar. Advirtió que el art. 5, inc. XII, de la Constitución Federal no admitía controversias semánticas y que buscaba amparar el flujo de las comunicaciones. Agregó que no consideraba razonable discutir si la protección a la intimidad, la privacidad o la libertad de expresión debía ser flexibilizada.

Aurélio aseguró que era inadecuado emplear argumentos metajurídicos (como, en este caso, la sospecha respecto al contenido del paquete) para impugnar

una garantía constitucional que protegía a la caja abierta y confiscada. Si existía una sospecha, la vía apropiada para acceder al contenido era a través de una orden judicial fundamentada, no mediante la violación de un derecho constitucional. El ministro remarcó que ese era el precio de vivir en un Estado democrático de derecho, en el que prevalecía el respeto por la ley.

Concluyó que, por esos motivos, correspondía conceder el recurso extraordinario y absolver al accionante, condenado únicamente en razón de ese elemento de prueba.

Los ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux y Roberto Barroso, por su parte, rechazaron el recurso extraordinario y votaron por la minoría. De Moraes señaló que el caso presentaba el conflicto entre dos valores constitucionales: el derecho a la privacidad y a la intimidad del individuo, por un lado, y el interés público por la seguridad de la sociedad, por el otro. Destacó la complejidad que suponía la resolución de esta clase de disputas en el derecho constitucional y la importancia de establecer un criterio de proporcionalidad para determinar qué principio debía prevalecer.

Además, el ministro mencionó un precedente del Tribunal Supremo Federal, en el que se había admitido la prueba obtenida mediante la interceptación de correspondencia a partir de ciertos indicios de posibles actividades ilícitas. En ese caso, relativo a la carta de un presidiario que el servicio penitenciario había interceptado, el tribunal entendió que la inviolabilidad de la confidencialidad epistolar no podía funcionar como una salvaguarda de prácticas ilegales. Del mismo modo, De Moraes agregó que existía legislación federal que precisaba las circunstancias en que era admisible la apertura de la correspondencia, sobre todo frente a indicios de posibles delitos.

Por otro lado, el ministro argumentó que una encomienda, en referencia a la caja abierta en el caso, no podía ser calificada como correspondencia y que, por lo tanto, no estaba protegida por el art. 5, inc. XII, de la Constitución Federal. Por todos esos motivos, la tesis que suscribió la minoría es la siguiente: “es legal la prueba obtenida mediante la apertura de una encomienda despachada en el correo cuando haya indicios fundados de práctica de actividades ilegales”.

**TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL**, *RE 1116949*, sentencia del 18-8-2020, en <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450194&ori=1;http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343941538&ext=.pdf%EF%BB%BF;http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344580151&ext=.pdf>.



**Derecho a la salud. Aborto. Criminalización del aborto. Derecho a la autodeterminación de la mujer embarazada. Derecho a la personalidad. Protección de la dignidad personal. Inconstitucionalidad de la prohibición. (República de Corea).**

**Antecedentes del caso:** un obstetra y ginecólogo fue acusado de realizar 69 abortos entre noviembre de 2013 y julio de 2015. Mientras su caso tramitaba ante el tribunal de primera instancia, solicitó la revisión constitucional de los arts. 269.1 y 270.1 de la Ley Penal, pero no se hizo lugar a su petición. Entonces, interpuso un recurso ante la Corte Constitucional de Corea y planteó la inconstitucionalidad de ambos artículos.

El art. 269.1 de la Ley Penal, modificada el 29 de diciembre de 1995, sostiene: “una mujer que realice un aborto mediante el uso de drogas o por otros medios será castigada con un máximo de un año de prisión o con una multa de no más de dos millones de won”. Por otra parte, el art. 270 indica: “un doctor, un curandero, una partera o un farmacéutico que realice un aborto a una mujer que lo solicite, o con su consentimiento, será castigado con no más de dos años de prisión”.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Corea declaró que los arts. 269.1 y 270.1 de la Ley Penal eran inconstitucionales, pero que serán aplicados temporariamente hasta su modificación, que deberá realizarse antes del 31 de diciembre de 2020.

El art. 10 de la Constitución de Corea garantiza el derecho general a la personalidad, que prevé la protección de la dignidad humana y del cual deriva el derecho a la autodeterminación, que reconoce el derecho de la mujer embarazada a decidir si continuar o no con su embarazo.

Más allá de las excepciones contempladas en la Ley de Salud Materno-infantil, el art. 269.1 de la Ley Penal prohíbe el aborto en cualquier etapa de la gestación, obliga a la mujer embarazada a continuar con su embarazo y le impone sanciones penales si viola la prohibición. Por ello, la Corte sostuvo que el artículo infringía el derecho a la autodeterminación de la mujer embarazada.

La Corte consideró que el embarazo, el parto y la crianza son fundamentales en la vida de la mujer y, por eso, la decisión de continuar o no con el embarazo se basa en una profunda evaluación de sus condiciones físicas, psicológicas, sociales y económicas. Se trata, por lo tanto, de una decisión de carácter integral y estrechamente vinculada con su dignidad personal.

Actualmente, se considera que el feto puede sobrevivir fuera del seno materno a partir de la semana 22 de gestación si se le provee el mejor cuidado médico del que se disponga. Al mismo tiempo, a fin de garantizarle el derecho a la autodeterminación, el Estado debería permitir a la mujer embarazada disponer del tiempo suficiente para tomar la decisión de continuar o no con su embarazo. La Corte entendió que, en este contexto, resultaba razonable que el Estado elaborara un proyecto de ley diferente de la ley actual con respecto al alcance de la protección de la vida fetal, en cuanto a la

realización de un aborto antes de las 22 semanas de gestación (límite de viabilidad), cuando la mujer embarazada puede ejercer su derecho a la autodeterminación.

Durante el período en que la mujer decide si continuar o no con su embarazo, la amenaza de una sanción penal ejerce en ella un efecto muy limitado. En muy pocos casos una mujer fue condenada penalmente por realizarse un aborto. Por ello, la Corte estimó que el art. 269.1 no protegía la vida del feto durante ese período y suponía una carga sustancial para una mujer que deseara abortar o haya abortado, porque limitaba su acceso al asesoramiento, a la educación y a la información sobre el aborto. Además, esa norma obliga a la mujer a realizarse abortos costosos, le genera dificultades al momento de solicitar resarcimientos en caso de mala praxis médica y la hace vulnerable a posibles represalias por parte de ex parejas.

No obstante las excepciones planteadas a la prohibición total de abortar, la Ley de Salud Materno-infantil no toma en consideración los determinantes sociales y económicos para abortar, como la preocupación por la dificultad de continuar trabajando, estudiando o realizando otras actividades sociales; los ingresos bajos o inestables; la falta de recursos para criar a otro hijo; la decisión de no querer continuar con una relación amorosa; el descubrimiento del embarazo en el momento de separación del matrimonio; el embarazo no deseado de una menor, etc.

En consecuencia, la Corte Constitucional de Corea sostuvo que el art. 269.1 restringía el derecho de la mujer embarazada a la autodeterminación más allá de lo indispensable para lograr su propósito legislativo. Estimó que la norma no satisfacía el principio de los medios menos restrictivos y provocaba que el equilibrio de intereses se inclinara fuertemente a favor del interés público al proteger la vida del feto, y otorgarle una superioridad absoluta y unilateral. Por lo tanto, el artículo viola el principio de equilibrio de intereses y el de proporcionalidad, vulnera el derecho a la autodeterminación de la embarazada y resulta inconstitucional al igual que el art. 270.1.

Finalmente, la Corte consideró que el legislador tenía la facultad discrecional de eliminar los elementos inconstitucionales de los artículos en cuestión y decidir cómo regular el tema del aborto.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COREA**, *Case on the Crime of Abortion (2017Hun-BA127)*, sentencia del 11-4-2019, en [https://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/documents/reprohealth/south\\_korea\\_2019\\_constitutional\\_court\\_abortion.pdf](https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/south_korea_2019_constitutional_court_abortion.pdf).



**Derecho a la salud. Aborto. Ley de aborto de 1967. Ley de salud mental de 2005. Embarazada con retraso mental. Incapacidad. (Reino Unido).**

**Antecedentes del caso:** A es una mujer de 24 años nacida en Nigeria que padece un retraso significativo en su desarrollo, con un nivel intelectual que corresponde al de una niña de entre 6 y 9 años y tiene dificultades de aprendizaje. En sus primeros días de vida fue adoptada por C, una mujer nigeriana residente en Londres. Sin embargo, A vivió en Nigeria durante varios años a cargo de la hermana de C, mientras su madre trabajaba como partera en Londres. C regresaba de visita a Nigeria dos veces por año. A los 12 años de edad, A se trasladó a Londres con su abuela y su madre adoptiva y asistió a escuelas especiales. En octubre de 2018, C envió a su hija a Nigeria por unos meses. Tras su regreso al Reino Unido, C constató que A estaba embarazada. Entonces, A fue sometida a evaluaciones psiquiátricas, a cargo del Servicio Nacional de Salud, que indicaron que carecía de capacidad para decidir si continuar o no con su embarazo. Por su parte, C manifestó que objetaba por motivos religiosos y culturales la interrupción del embarazo. Las circunstancias en las que A quedó embarazada son desconocidas y aún son objeto de investigación.

En mayo de 2019, cuando el embarazo de A era de 16 semanas, C la dejó con todas sus pertenencias en el hospital para que se hicieran cargo de ella. Desde entonces, A vive en una unidad residencial.

El Servicio Nacional de Salud llegó a la conclusión de que la interrupción del embarazo redundaba en el mejor interés de A. Invocando el art. 1.1.a de la ley de aborto de 1967, solicitó al Tribunal Superior una declaración de interrupción del embarazo de A, que entonces ya era de 23 semanas. El tribunal sostuvo que resultaba legítimo que el Servicio Nacional de Salud llevara adelante la interrupción del embarazo de A de conformidad con el criterio establecido en el art. 1 de la ley. En efecto, los médicos tratantes consideraban que la continuación del embarazo implicaba un mayor riesgo para la salud mental de A que su interrupción.

Entonces, C y el defensor oficial apelaron la decisión del Tribunal Superior ante el Tribunal de Apelación. La asistente social de A también apoyó la apelación, mientras que el Servicio Nacional de Salud mantuvo su posición a favor de interrumpir el embarazo.

El defensor oficial consideró que el Tribunal Superior no había evaluado adecuadamente todos los factores relevantes del caso. Alegó que se había equivocado al interpretar que, si el embarazo de A llegaba a término, se la separaría de su bebé mediante una orden de las autoridades locales, y que había atribuido una excesiva importancia a este factor. Además, sostuvo que el tribunal no había analizado detallada y rigurosamente si la mejor opción era la interrupción del embarazo o una cesárea planificada, pues no contaba con pruebas de peso de que continuar con el embarazo implicara un riesgo para la vida o la salud de la madre. Finalmente, argumentó que el Tribunal Superior no había considerado en su totalidad los deseos y sentimientos de A y el derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado en el art. 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

**Sentencia:** el Tribunal de Apelación del Reino Unido admitió la apelación y declaró que no debía realizarse la interrupción del embarazo.

Dado que la interrupción del embarazo está permitida hasta la semana 24 de gestación, el Tribunal de Apelación examinó el caso de modo urgente.

El Tribunal de Apelación señaló que la ética subyacente a la ley de salud mental de 2005 implica en parte que aquellos que toman decisiones por las personas incapaces deben respetar la individualidad y la autonomía de quienes representan. A fin de alcanzar tal objetivo, los deseos y sentimientos de una persona no solo deben ser tomados en consideración, sino que pueden ser determinantes, incluso cuando la persona es incapaz. De igual modo, a fin de salvaguardar la autonomía, el art. 1.4. de esa ley dispone que una persona no debe ser considerada incapaz de tomar una decisión solamente por haber tomado una decisión desacertada.

Asimismo, consideró que el Tribunal Superior no había tomado suficientemente en cuenta los deseos y sentimientos de A; que no había hecho referencia a la opinión de la asistente social ni a la de C en lo que respecta al mejor interés de A, a sabiendas de que ella conocía mejor que nadie a A y que lo que más le importaba era su bienestar.

Pese a reconocer que desde un punto de vista objetivo la posibilidad de que A diera a luz a su bebé era desaconsejable, el Tribunal de Apelación se remitió a los informes médicos según los cuales la interrupción del embarazo requería, dado el estado avanzado, una intervención invasiva en un momento en que A tenía mayor conciencia, aunque muy poca comprensión, de su embarazo. A sabía que tenía “un bebé en su panza” que iba a nacer, estaba “comprometida” con su embarazo y había indicado en varias ocasiones que le gustaba la idea de tener un bebé. Lo cierto es que quienes conocían mejor a A, C y la trabajadora social, creían, al igual que el defensor oficial, que continuar con el embarazo redundaría en el mejor interés de A. Pese a que el Tribunal Superior contaba, por un lado, con las pruebas de los psiquiatras y, por el otro, con la opinión de aquellos que conocen bien a A, no había sopesado ambos elementos de análisis, lo que en opinión del Tribunal de Apelación constituyó una omisión significativa.

El Tribunal de Apelación estimó legítimo que el Tribunal Superior considerara que A no iba a poder cuidar de su bebé y señalara el efecto traumático que sufriría al ver que se lo quitaban. Sin embargo, en su opinión, por sostener que A corría el riesgo de perder a su bebé y su hogar, el Tribunal Superior había ido más allá de lo que las pruebas podían respaldar.

El Tribunal Superior enfatizó la circunstancia de que los deseos de A no eran precisos ni habían sido expresados con claridad. Sin embargo, en opinión del Tribunal de Apelación, los sentimientos de A eran importantes y tendrían que haber sido tomados en consideración, al igual que sus deseos. Las pruebas médicas se habían basado sustancialmente en un intento de evaluar la posible reacción emocional de A ante la interrupción del embarazo o el nacimiento y posterior retiro del bebé. El Tribunal de Apelaciones consideró que el Tribunal Superior había otorgado un peso insuficiente a los factores no médicos del caso, mientras que las opiniones expresadas por los médicos se habían basado necesariamente en imponderables. En definitiva,

el Tribunal de Apelación sostuvo que la prueba en su conjunto no había resultado suficiente para justificar una injerencia profunda en los derechos de A.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL REINO UNIDO**, *Re: AB (Termination of pregnancy)*, sentencia del 11-7-2019, en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/07/re-ab-final-judgment-110719.pdf>.




---

**Derecho a la salud. Derecho a la vida digna. Violencia intrafamiliar. Deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud. (Colombia).**

**Antecedentes del caso:** Ángel Abad Hoyos Fernández —nacido en 1968 y afiliado a Famisanar E. P. S. (entidad prestadora de salud) desde 2014—, tuvo un ACV hemorrágico en 2015. Fue atendido en un servicio de urgencias a cargo de Famisanar, y luego fue derivado a la Clínica Partenón. Casi dos meses después, la clínica le solicitó a Famisanar que autorizara el traslado del paciente a una unidad de cuidados crónicos. Explicaron que había sido imposible contactar a los familiares del paciente para que asumieran el cuidado domiciliario y que no existía ningún programa público para atender el caso. Ante la situación de abandono social en que se encontraba Hoyos Fernández, la asistente jurídica de la clínica interpuso una acción de tutela contra Famisanar, a fin de se protegiera el derecho a la salud del paciente. Sostuvo que debía ser trasladado a una institución especializada que le prestara los cuidados en salud requeridos dadas las secuelas crónicas derivadas del ACV. En primera y en segunda instancia se ampararon los derechos fundamentales de Hoyos Fernández, y se ordenó a Famisanar que, si la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá no contaba con un programa especializado para la atención del paciente, debía remitirlo a una institución de cuidados crónicos para garantizarle el tratamiento integral necesario de acuerdo con su patología.

Famisanar trasladó al paciente a Proseguir IPS, donde los médicos dictaminaron que debía continuar su proceso de recuperación bajo la modalidad de internación domiciliaria, dado que no requería atención clínica especializada, sino de un cuidador para las actividades básicas cotidianas. Ante la imposibilidad de ubicar a algún familiar del paciente, Proseguir le solicitó a la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá (SDIS) incluirlo en los programas públicos de atención interna a personas en situación de abandono social. La SDIS informó que, dentro de los programas de la ciudad para atención de personas en situación de vulnerabilidad, ninguno contemplaba los servicios requeridos por Hoyos Fernández, puesto que no es anciano, ni puede considerárselo discapacitado de forma permanente, sino solo como un paciente en recuperación de una enfermedad.

En 2017, Proseguir comunicó a la Personería de Bogotá y la Defensoría del Pueblo la situación de Hoyos Fernández con el fin de obtener asesoría para el manejo de su caso. En respuesta, informaron que el abandono social es una clase de violencia intrafamiliar y que, por ello, el caso había sido remitido a la red de comisarias del Distrito Capital, y que los servicios médicos requeridos para el cuidado del paciente debían ser cubiertos por Famisanar.

En 2018, Proseguir le solicitó a Famisanar que determinara el grado de discapacidad de Hoyos Fernández a efectos de que pudiera beneficiarse de las prerrogativas contempladas en la ley para las personas en situación de discapacidad permanente.

La representante legal de Proseguir, en calidad de agente oficiosa de Hoyos Fernández, interpuso una acción de tutela contra sus familiares (María del Pilar Jiménez Rodríguez, José Domingo Martínez Rincón, Jenny Mireya Rodríguez, Paula Andrea Jiménez Rodríguez e Isabella Hoyos Jiménez). Alegó que habían sido vulnerados los derechos fundamentales a la vida digna y a la asistencia familiar de su representado, dado que los familiares habían omitido actuar para garantizar el egreso de la clínica donde está internado, y, además, destacó que Hoyos Fernández no demanda una atención médica especializada, sino solo un apoyo para las tareas cotidianas, es decir, servicios asistenciales que deben ser asumidos por sus parientes cercanos en virtud del principio de solidaridad. También destacó que la permanencia innecesaria de Hoyos Fernández en las instalaciones de Proseguir, además de poner en riesgo su integridad ante la posibilidad de un contagio de infecciones intrahospitalarias, afecta la capacidad de atención del centro médico. Solicitó que se amparasen los derechos a la vida digna y a la asistencia familiar de Hoyos Fernández y, en consecuencia, se les ordenara a sus parientes que procedan a garantizar el egreso del paciente de la sede de Proseguir y el traslado a un lugar adecuado en el que pueda recibir los apoyos necesarios para sobrellevar las secuelas del ACV.

El Juzgado Veinte de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá denegó el amparo. Sostuvo que, dada la imposibilidad de localizar a los familiares, y dado que Famisanar le había garantizado todos los cuidados prescritos por los médicos tratantes, resultaba improcedente ordenar el egreso de Hoyos Fernández. La sentencia fue apelada.

El Juzgado Quinto Civil de Circuito de Bogotá confirmó el fallo.

La Sala de Selección de Tutelas n.º 10 de la Corte Constitucional escogió el caso para su revisión, con fundamento en el criterio subjetivo denominado “urgencia de proteger un derecho fundamental”.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Colombia revocó las sentencias. Declaró improcedente el amparo por falta de legitimación pasiva de María del Pilar Jiménez Rodríguez, José Domingo Martínez Rincón, Jenny Mireya Rodríguez, Paula Andrea Jiménez Rodríguez e Isabella Hoyos Jiménez.

Tuteló el derecho a la vida digna de Ángel Abad Hoyos Fernández, en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* del juez constitucional.

Ordenó a la Comisaria Sexta de Familia de Bogotá reactivar las actuaciones dirigidas a atender la situación de violencia intrafamiliar que padece el Hoyos Fernández, y procurar su inclusión en los programas de la SDIS para facilitar su reincorporación al entorno comunitario y superar su situación de internación indefinida. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de los familiares del actor, en caso de que pudieran llegar a ser ubicados.

Exhortó a Proseguir a facilitar la información y el apoyo que pudiera requerir la comisaría, y ordenó a la Personería de Bogotá realizar el seguimiento del caso.

**1.** La Corte Constitucional, como cuestión previa, señaló que, ante la interposición de una o varias acciones de tutela que pudieran presentar identidad de partes, causa y objeto, el juez debe evaluar la existencia de cosa juzgada constitucional o de una posible actuación temeraria. En caso afirmativo, no correspondería pronunciarse sobre el fondo. No se configura cosa juzgada constitucional o temeridad cuando se presenta una segunda solicitud de amparo en que se alegan elementos fácticos o jurídicos que el actor desconocía al interponer la primera acción de tutela.

En el caso, la Corte no advirtió que se hubieran configurado los fenómenos de cosa juzgada constitucional o temeridad, puesto que no existe identidad de partes, causa y objeto entre los amparos interpuestos en 2015 y en 2018.

**2.** La Corte se pronunció sobre el amparo propuesto por la representante legal de Proseguir en calidad de agente oficiosa de Hoyos Fernández.

La Sala encontró satisfecha la legitimación activa puesto que el amparo estuvo dirigido a obtener la protección de los derechos fundamentales de Hoyos Fernández. Por el contrario, no lo está para gestionar los intereses de Proseguir, que argumentó respecto de la carga que representa para la organización la permanencia de Hoyos Fernández en sus instalaciones. Esto último deberá reclamarse a través de otro proceso.

En cuanto a la legitimación pasiva, advirtió que la acción fue dirigida contra cinco personas (María del Pilar Jiménez Rodríguez, José Domingo Martínez Rincón, Jenny Mireya Rodríguez, Paula Andrea Jiménez Rodríguez e Isabella Hoyos Jiménez), a fin de que, en su calidad de familiares, garantizaran el traslado de Hoyos Fernández a un lugar adecuado donde pueda recibir los apoyos necesarios. Sin embargo, no hay elementos de juicio que acrediten que Hoyos Fernández tenga una relación de parentesco o social con los nombrados. Por eso, la Sala revocó los fallos que denegaron la protección solicitada por Proseguir, actuando como agente oficiosa de Hoyos Fernández, y, en su lugar, declaró improcedente el amparo por falta de legitimación pasiva de las cinco personas mencionadas.

Sin embargo, dada la posibilidad que tiene el juez constitucional de decidir más allá de lo pedido o sobre pretensiones que no formaron parte de la demanda (*ultra y extra petita*), la Sala examinó la posible afectación del derecho a la vida digna de Hoyos Fernández debido a su internación indefinida en Proseguir.

**3.** La Constitución Política consagra a la solidaridad como un principio fundante del Estado Social de Derecho (art. 1.º), que se materializa en la obligación de los individuos de responder “con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (art. 95.2).

La solidaridad representa un límite al ejercicio de los derechos propios y puede derivar en la restricción parcial de los intereses de uno o varios sujetos para beneficiar a otros, en especial a quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

El principio de solidaridad elimina la idea de una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado. La familia es la encargada de proporcionar a sus miembros más cercanos la atención que necesiten, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas.

A partir de lo dispuesto en el art. 49 CP, la Corte Constitucional ha expresado que, bajo la permanente asistencia del Estado, la responsabilidad de proteger y garantizar el derecho a la salud de quien no se vale por sí mismo recae principalmente en su familia y, subsidiariamente, en la sociedad, sin perjuicio de la concurrencia de las responsabilidades a cargo de las E. P. S.

La Corte sostuvo que el abandono de un pariente cercano que está en situación de vulnerabilidad por problemas de salud constituye una especie de violencia intrafamiliar. Cuando se denuncia una situación de abandono ante el comisario de familia local a fin de que la víctima sea protegida, el comisario tiene un amplio margen de acción. Actúa como autoridad de carácter jurisdiccional de acuerdo con la Ley 294/1996, que equipara sus funciones a las de un juez (cfr. arts. 11, 12 y 14). En efecto, la ley establece que la apelación de sus determinaciones las conocería el respectivo juez de familia o promiscuo de familia (art. 18). Finalmente, la Corte indicó que algunas de las acciones relacionadas con el abandono de una persona pueden equipararse a conductas tipificadas como delitos en el Código Penal. En ese supuesto, es posible acudir ante la Fiscalía General de la Nación para que se pronuncie sobre la procedencia de ejercer una acción penal contra los responsables o sobre la necesidad de adoptar alguna medida para proteger a la víctima.

4. La Corte sostuvo que el desinterés de los parientes no puede dar lugar a un innecesario e indefinido confinamiento en un hospital, cuando los médicos recomiendan el egreso del paciente, pues entonces se vulneran sus derechos fundamentales. De no poder contactar a los parientes, la administración, a través de sus programas de asistencia, debe facilitar el egreso y garantizar la reincorporación de la persona a su entorno comunitario.

En este caso, la Corte advirtió que el abandono social sufrido por Hoyos Fernández ha prolongado su internación en Proseguir por más de cuatro años, pese a las indicaciones de los médicos. Por ello, la Corte ordenó a la Comisaría Sexta de Familia de Bogotá reactivar las actuaciones dirigidas a atender la situación de violencia intrafamiliar y adoptar medidas para incluirlo en los programas con los que cuenta la SDIS. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de los familiares en caso de que puedan llegar a ser ubicados. Además, las actuaciones realizadas por la comisaría fueron afectadas debido a la falta de colaboración de Proseguir, por lo que la Corte ordenó a Proseguir que brinde la información y el apoyo que la comisaría necesite. Finalmente, dispuso que la Personaría de Bogotá realice el seguimiento al cumplimiento de lo ordenado, y que contacte a Hoyos Fernández con el fin de instruirlo y apoyarlo en el ejercicio de sus derechos.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Tercera de Revisión**, Acción de tutela interpuesta por Proseguir IPS c. María del Pilar Jiménez Rodríguez, José Domingo Martínez Rincón, Jenny Mireya Rodríguez, Paula Andrea Jiménez Rodríguez e Isabella Hoyos Jiménez, sentencia T-032/20, del 30-1-20, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-032-20.htm>.



**Derecho a la salud. Salud Pública. Donación de sangre. Riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas por sangre. Derecho a la igualdad. Prohibición de discriminación por razones de sexo. Diferencia de trato. Principio de igualdad de trato. Principio de proporcionalidad. (Bélgica).**

**Antecedentes del caso:** dos organizaciones LGBT de Bélgica pidieron la anulación de los nuevos criterios de exclusión temporal de la donación de sangre. Esos criterios habían sido introducidos por el art. 8 de la ley del 11 de agosto de 2017, que establecía disposiciones relacionadas con la salud. Según esa norma, el hombre que hubiera tenido contacto sexual con otro hombre no podía donar sangre durante un período de doce meses posteriores al último contacto sexual con otro hombre. El mismo período temporal se aplicaba a un hombre o una mujer con una pareja sexual masculina que hubiera tenido contacto sexual con otro hombre. Antes de la sanción de esta ley, un hombre que hubiera tenido contacto sexual con otro hombre y una persona cuya pareja sexual masculina hubiera tenido contacto sexual con otro hombre estaban inhabilitados de forma permanente para donar sangre.

Los accionantes solicitaron que se anularan los arts. 8 y 9 de la ley del 11 de agosto de 2017 por violar los arts. 10 y 11 de la Constitución y el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Alegaron que las disposiciones impugnadas establecían una diferencia de trato inadmisibles e injustificada entre los hombres que hubieran tenido contacto sexual con otros hombres, y el resto de la población. Además, sostuvieron que no había una justificación razonable para disponer un trato equivalente al conjunto de hombres que tuvieran o hubieran tenido relaciones sexuales con otros hombres, sin distinguir si su comportamiento sexual había sido de riesgo o no.

Por otro lado, argumentaron que la prohibición de donar sangre por un período de doce meses no se podía justificar con los datos científicos, médicos o epidemiológicos actuales. Señalaron que un período de cuatro meses de exclusión para quienes hubieran tenido contacto sexual con un nuevo compañero, del mismo u otro sexo, era suficiente para eliminar las dudas o preocupaciones del legislador con respecto a la preservación de la seguridad de la cadena de transfusión sanguínea.

Del mismo modo, los accionantes indicaron que los nuevos criterios de exclusión temporal de la donación de sangre ponían en riesgo el abastecimiento de plasma. Destacaron que el legislador no había tenido en cuenta que el plasma podía ser congelado y puesto en cuarentena para garantizar que no estuviera infectado. Alegaron que, por lo tanto, estos criterios no debían aplicarse a la donación de plasma.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Bélgica resolvió anular el art. 8 de la ley del 11 de agosto de 2017 porque impedía donar plasma congelado y puesto en cuarentena a los hombres que hubieran tenido contacto sexual con otros hombres, durante un período de doce meses desde el último contacto sexual con otro hombre, y a las personas cuya pareja sexual masculina hubiera tenido contacto sexual con otro hombre, también durante un período de doce meses desde que ocurriera ese contacto. La Corte Constitucional decidió mantener los efectos de la disposición anulada hasta que entrara en vigor una ley que admitiera la donación de plasma congelado y puesto en cuarentena en los casos mencionados o, como máximo, hasta dos años después de la publicación de la sentencia en el boletín oficial belga. En relación con los demás requerimientos de los accionantes, rechazó el recurso.

La Corte Constitucional señaló que la diferencia de trato impugnada se basaba en un doble criterio. Por un lado, se fundaba en el sexo del solicitante de la donación de sangre o de su pareja sexual, ya que la prohibición se aplicaba únicamente a los hombres, y no a las mujeres, que habían tenido contacto sexual con otro hombre. Por otro lado, se refería a un tipo específico de contacto sexual, el de un hombre con otro hombre en un período de doce meses. La Corte Constitucional consideró que ese doble criterio distintivo era objetivo.

El hecho de que un hombre haya tenido contacto sexual con otro hombre en un período de doce meses no indica, por sí solo, su orientación sexual. Es cierto que el criterio enunciado como “hombres que habían tenido contacto sexual con otro hombre” podría hacer referencia, en gran medida, a las mismas personas que serían el objetivo si el criterio de distinción fuera la orientación sexual, es decir, la población masculina homosexual y la población masculina bisexual. Sin embargo, el criterio de distinción controvertido es diferente al de orientación sexual y no debería haber confusión, ya que el criterio legal no se aplica a los varones homosexuales o bisexuales que no hayan tenido contacto sexual con otros hombres en un lapso de doce meses.

La Corte Constitucional observó que, cuando una diferencia de trato se basaba en el sexo y se combinaba con un tipo particular de contacto sexual, la revisión judicial de la justificación de la diferencia de trato debía ser muy estricta. La Corte Constitucional ya había aplicado el concepto de revisión estricta en forma independiente del criterio de sexo y del criterio de orientación sexual. Cuando se aplica estrictamente, el principio de proporcionalidad exige no solo que la medida adoptada logre el objetivo perseguido, sino también que se demuestre que es necesario, para alcanzar esa finalidad, excluir a determinadas personas del alcance de la medida.

Luego, la Corte Constitucional analizó si la exclusión temporal del hombre que hubiera tenido contacto sexual con otro hombre, o de la persona con una pareja sexual masculina que hubiera tenido contacto sexual con otro hombre, de la donación de sangre era relevante para el objetivo de preservar la seguridad de la

cadena de transfusión sanguínea. Sostuvo que el legislador podía razonablemente considerar —sobre la base de datos epidemiológicos fiables y pertinentes relacionados con la prevalencia, la incidencia y el riesgo residual de transmisión de enfermedades infecciosas graves por sangre— que existía un riesgo real si personas del grupo especificado donaban sangre. Concluyó que, por lo tanto, era relevante, a la luz del objetivo general de mantener la seguridad de la cadena de transfusión sanguínea, excluir temporalmente de la donación de sangre a este grupo de personas.

Además, la Corte Constitucional examinó la proporcionalidad de la medida y si existían técnicas eficaces o, al menos, métodos menos restrictivos para garantizar un nivel alto de protección de la salud de los receptores de sangre. La política de salud pública concebida por la ley busca conciliar el interés de todos por recibir sangre libre de enfermedades infecciosas transmisibles por sangre con el derecho del grupo de personas mencionado a donar sangre (que no es un derecho fundamental), sin que, no obstante, sufran discriminación alguna. En este marco, el legislador puede razonablemente opinar, sin vulnerar el principio de igualdad de trato y de no discriminación, que la protección de la salud, e incluso de la vida, de los receptores de sangre constituye el interés fundamental y que es necesario excluir todas las opciones que no garanticen un nivel suficientemente alto de protección de la salud. En consecuencia, la Corte Constitucional consideró que el legislador no había mostrado una cautela excesiva y que, por lo tanto, no se había violado el principio de proporcionalidad.

La Corte Constitucional sostuvo que, en el estado actual de la investigación científica, no era seguro que un aplazamiento de la donación de sangre por menos de doce meses desde el último contacto sexual garantizara el mismo nivel alto de seguridad de la cadena de transfusión que un aplazamiento por un período de doce meses. Aunque algunos estudios científicos hayan sugerido que un período de aplazamiento más corto no aumentaría el riesgo residual de contaminación de las donaciones de sangre, el legislador puede considerar razonablemente que no constituyen datos suficientes para reducir el período de aplazamiento.

Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que no había ninguna justificación razonable para que los criterios de exclusión y sus respectivos períodos de aplazamiento se aplicaran también a la donación de plasma, que, después de ser congelado y atravesar un período de cuarentena, era seguro y no implicaba ningún riesgo. Así, se garantizaba que no hubiera problemas de abastecimiento de plasma para las necesidades de salud pública. Por lo tanto, la Corte Constitucional decidió que la disposición impugnada debía anularse parcialmente, con respecto a la donación de plasma. Solamente aclaró que la anulación no hacía desaparecer el criterio de exclusión temporal por doce meses, para el grupo de personas especificado, en relación con la donación de plasma que no recibiera el tratamiento adecuado para prevenir riesgos o con la donación de sangre.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA**, sentencia n.º 122/2019 del 26-9-2019, en <https://www.const-court.be/public/f/2019/2019-122f.pdf>.



**Derecho a la salud. Trasplante de órganos. Metodología de inclusión en la lista de espera. Derecho a la seguridad social. Usuario: libertad de elección de la institución prestadora de salud (IPS) cuando forma parte de la misma red de servicios. Entidad prestadora de servicios de salud (EPS): derecho a elegir con qué IPS contratar. (Colombia).**

**Antecedentes del caso:** Carlos Emilio Mosquera Cicero padece una insuficiencia renal crónica y debe ser trasplantado. Reside en Villavicencio y se encuentra en lista de espera de donantes de Bogotá. Solicitó ser quitado de esa lista e incluido en la de la ciudad de Neiva, porque consideró que allí tenía más oportunidades conseguir un donante. Expuso que el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva era idóneo para tratar su patología y realizar el trasplante, dada la experiencia que tenía en estas cirugías y los especialistas con los que contaba.

El Departamento de Sanidad de las Fuerzas Militares denegó su solicitud y alegó no tener convenio con el mencionado hospital. Sin embargo, familiares de Mosquera Cicero que residen en Neiva averiguaron que estaban dadas las condiciones para solicitar el traslado y que el Departamento de Sanidad de las Fuerzas Militares sí tenía convenio interinstitucional con el hospital.

Por esa razón, Mosquera Cicero interpuso una acción de tutela contra el Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182 de la Fuerza Aérea. Consideró que se habían vulnerado sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad. Solicitó que se ordenara que, de manera inmediata, se autorizara su retiro de la lista de pacientes en espera de Bogotá y su inclusión en la de Neiva, a cargo del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo.

En primera instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva denegó el amparo. Consideró que el traslado del accionante a otra lista de espera y el cambio de la institución prestadora de servicio (IPS) no le garantizaba que el trasplante se realizara más rápidamente. Mosquera Cicero apeló.

En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, revocó la sentencia y concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de Mosquera Cicero.

La Sala de Selección de Tutelas Ocho escogió el presente caso para su revisión porque se trataba de un asunto novedoso.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Colombia concedió el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de Carlos Emilio Mosquera Cicero, en la acción de tutela que había formulado contra el Establecimiento de Sanidad Militar de la Fuerza Aérea 500018403182. Asimismo, advirtió a la Dirección General de Sanidad Militar para que, en lo sucesivo, respondiera a los requerimientos efectuados por las autoridades judiciales de manera diligente; comunicó lo decidido al Instituto Nacional de Salud para que, al momento de diseñar, modificar o desarrollar su política de distribución de órganos en general, tuviera en cuenta los signos de

alarma expuestos en la sentencia; advirtió a las entidades prestadoras de servicios de salud (EPS) para que no establecieran barreras administrativas en relación con las solicitudes de traslado que las personas en espera de donación de órganos para trasplante presentaran a las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que se encontraran dentro de su red de prestadores de servicios y para que los pacientes escogieran en ejercicio de su derecho a la libre elección.

La Sala Novena de Revisión advirtió que se cumplían los requisitos de procedencia de la acción de tutela —legitimación activa y pasiva, subsidiariedad e inmediatez—.

La Sala consideró que el problema jurídico consistía en determinar si el Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182 había vulnerado los derechos fundamentales a la salud y al debido proceso de Carlos Emilio Mosquera Cicero al no autorizar su retiro de la lista de espera de pacientes en espera de donación de órganos de Bogotá ni su inclusión en una homóloga en la ciudad de Neiva, a cargo del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo.

La Sala tuvo en cuenta que el actor tenía su núcleo familiar en Neiva y que la Dirección de Sanidad Militar tenía contrato de prestación de servicios de salud con el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de esa ciudad. Además, observó que el tratamiento requerido estaba incluido en el plan de beneficios y que el actor recibía tratamiento en la Fundación Cardio Infantil de Bogotá.

A fin de alcanzar un adecuado entendimiento de la controversia, la Sala abordó dos ejes temáticos: la metodología para la inclusión de pacientes en las listas de espera para trasplante renal y la asignación de órganos a las IPS en Colombia; y la libertad de escoger la institución que realizará el trasplante de órganos, cuando forma parte de la misma red de servicios.

La Sala consideró que los usuarios del sistema de salud tenían derecho a escoger la IPS en la cual querían que se realizara su tratamiento médico, siempre y cuando la EPS tuviera convenio con la institución, o pertenecieran a su red de servicios. Por tal razón, concluyó que la decisión adoptada por el juez de segunda instancia, que había concedido los derechos fundamentales del actor, debía confirmarse.

La Sala expuso que la asignación de órganos y tejidos para pacientes en lista de espera se realizaba bajo criterios técnicos y científicos adoptados por expertos en la materia, que consideraban principios de igualdad, equidad y transparencia. En ese proceso no se tiene en cuenta razones de origen familiar, el estrato socioeconómico, el sexo, la raza, la lengua, la religión, la opinión política, filosófica o de otra índole. Una vez que el paciente está incluido en lista de espera para trasplante, el proceso de distribución y asignación de órganos (para que sea realizado el procedimiento quirúrgico) depende de factores geográficos, de compatibilidad, de captación de donantes y técnico-científicos. Existe una lista unificada a nivel nacional, mediante la cual el Instituto Nacional de Salud lleva un registro de las personas que demandan órganos y que sirve de instrumento estadístico y de veeduría, dado que permite clasificar los potenciales receptores, su fecha de ingreso y la priorización. No obstante, la distribución de órganos no se realiza a nivel nacional, dado que, debido a la necesidad de reducir los tiempos de isquemia, los órganos que se extraen de los

donantes en una determinada zona se asignan a la lista de espera de la respectiva regional, que las distribuye entre las IPS con las que tiene convenio.

A partir de los informes presentados por el Instituto Nacional de Salud, la Sala concluyó que, en términos porcentuales, algunas regionales tenían tasas de donación superiores. Eso puede afectar el derecho a la igualdad de las personas que esperan un trasplante, pero se encuentran en una regional con un potencial menor para la recepción de órganos, o que, debido a su densidad poblacional, presentan tiempos de espera superiores, aun cuando su ingreso a la lista de espera haya sido anterior al de pacientes que ya han recibido trasplantes. La Sala entendió que la situación descrita generaba un signo de alarma en cuanto a la posible distribución inequitativa de los órganos, puesto que las personas con recursos y posibilidades de traslado podían recibir el trasplante en un tiempo menor, a pesar de que debía respetarse la antigüedad en la lista de espera.

Por tal razón, la Sala comunicó su decisión al Instituto Nacional de Salud para que, al momento de diseñar, modificar o desarrollar su política de distribución de órganos en general, tuviera en cuenta los signos de alarma establecidos.

Por otra parte, dado que la Superintendencia Nacional de Salud tiene por función legal y constitucional vigilar a las entidades prestadoras de servicios de salud, la Sala solicitó su concurso para advertir a las EPS que no debían establecer barreras administrativas en relación con las solicitudes de traslado que las personas en espera de donación de órganos para trasplante presentaran a las IPS que se encontraran dentro de su red de prestadores de servicios y que los pacientes podían escoger en ejercicio de su derecho a la libre elección.

Finalmente, la Sala dispuso que la decisión fuera comunicada a la Sala Especial de seguimiento a la sentencia T-760/2008 de la Corte Constitucional para que conociera la situación descrita y adoptara las decisiones adecuadas con el fin de garantizar el derecho fundamental a la salud de las personas que requirieran órganos para trasplantes.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Novena de Revisión**, acción de tutela interpuesta por Carlos Emilio Mosquera Cicero contra el Establecimiento de Sanidad Militar de la Fuerza Aérea 500018403182, Expediente T-7.536.698, sentencia T-062/20, del 20-2-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-062-20.htm>.




---

## **Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una investigación eficiente y eficaz. Perspectiva de género. (España).**

**Antecedentes del caso:** en agosto de 2017, M. V. A. denunció a su marido, F. S. C., por coacciones e injurias. Expuso él había abandonado el domicilio familiar meses antes y que habían acordado divorciarse y liquidar la sociedad de gananciales.

La accionante refirió que desde entonces, F. S. C. había intentado de que ella suscribiera un convenio perjudicial para sus intereses y que, para lograrlo, le había obstaculizado el acceso al dinero ganancial, del que dependía económicamente. Dado que no había logrado su propósito, el denunciado la amenazó con revelar a la hija de la demandante un hecho íntimo, sobre el que habían acordado reserva. M. V. A. relató que, durante y después de la convivencia, su marido la había sometido a gritos y alusiones continuas a su escasa valía y a sus supuestos problemas psicológicos y la había mantenido bajo una continua tensión emocional, que había desembocado en una depresión, por lo que debió acudir a un tratamiento farmacológico y terapéutico.

Tomó intervención en el caso el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3 de Madrid, que dispuso realizar unas diligencias. No se logró que el denunciado compareciera. El 5 de febrero de 2018, el juzgado ordenó el sobreseimiento provisional de las actuaciones hasta tanto declarase el demandado. La actora aportó datos para dar con el demandado y en julio del mismo año el juzgado recibió la declaración de F. S. C. El mismo día, el juzgado dictó el sobreseimiento provisional de las actuaciones, ya que no encontraba indicios de la comisión de los delitos de maltrato habitual y coacciones en el ámbito familiar. Consideró que estaba frente a versiones absolutamente opuestas sobre lo sucedido y que no concurría elemento objetivo alguno que corroborara la denuncia. Además, aunque la accionante hubiera referido un maltrato habitual, determinó que el matrimonio había convivido esporádicamente, pues, en los siete años de relación, el denunciado había vivido en otros países. También destacó que la esposa había presentado la denuncia tras haber recibido la demanda de divorcio por parte de F. S. C. En consecuencia, archivó las actuaciones.

La demandante apeló. Argumentó, entre otras cuestiones, que el sobreseimiento provisional infringía los principios básicos del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, suscrito por España. En concreto, señaló que la previsión de su art. 49.2, conforme al cual los Estados firmantes se comprometen a adoptar medidas, “teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivo por los delitos previstos en el presente convenio”. Afirmó que la descripción de los hechos no era correcta y que tampoco se habían agotado los medios de investigación. La Sección Vigésimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso, en octubre de 2018, por compartir los argumentos del juzgado.

M. V. A., interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra ambas resoluciones. Alegó que habían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución de España), como garantía de una resolución motivada, razonada y razonable. Agregó que, a su criterio, lo denunciado no había merecido una investigación eficaz, acorde con el canon establecido en el art. 49.2 del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica. Para la demandante, el origen de la infracción a sus derechos proviene de la decisión de sobreseer, dictada de forma irrazonable y erróneamente motivada por el juzgado, que ha impedido una investigación efectiva

de los hechos, a pesar de que podrían haber quedado acreditados con las diligencias que había solicitado y que no se proveyeron. En relación con la resolución de la Audiencia Provincial, consideró que el órgano de apelación se había separado del criterio de instancia para reconocer que la denunciante había padecido, como sujeto pasivo, una actitud inmoral y poco ética, pero no delictiva, del demandado.

**Sentencia:** el Tribunal Constitucional de España declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una investigación suficiente y eficaz en el curso de un proceso penal, en perjuicio de M. V. A. Dispuso restablecerla en su derecho y, a tal fin, declaró la nulidad del auto del 11 de julio de 2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3 de Madrid, así como del auto del 25 de octubre de 2018 de la Sección Vigésimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid. Finalmente, decidió retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las mencionadas resoluciones, con el fin de que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3 de Madrid dictara una nueva resolución, respetuosa del derecho fundamental vulnerado.

La demanda de amparo impugnó los autos del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, y de la Audiencia Provincial, que confirmó en trámite de apelación la decisión de la instancia. Según la demandante, esas resoluciones han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva desde una doble vertiente. En primer lugar, por no haber realizado el juzgado instructor una investigación suficiente y eficaz de los hechos denunciados, ya que cerró prematuramente la investigación sin haber realizado ciertas diligencias que, propuestas en tiempo y forma por la actora (constituida como acusación particular), resultaban adecuadas para el esclarecimiento de los hechos. En segundo lugar, porque ninguna de las resoluciones impugnadas ha ofrecido una motivación suficiente que haya satisfecho la efectividad de sus exigencias de tutela, pues presentaron argumentos a favor del archivo que, en unos casos, carecían de respaldo en las actuaciones obrantes en el procedimiento y, en otros, obedecían a esa misma deficitaria indagación del contenido de la denuncia. Todos estos elementos llevaron a una banalización de los hechos como mero conflicto de pareja.

Para dar respuesta a ambas quejas de una forma ordenada y coherente, el Tribunal Constitucional procedió de acuerdo con la lógica de la “mayor retroacción”, que permite asegurar la más amplia tutela de los derechos fundamentales y también su correspondencia con los motivos que confieren especial trascendencia constitucional a este recurso de amparo.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional analizó la instrucción efectuada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3 de Madrid. Advirtió que el juzgado, en la investigación de los acontecimientos denunciados, no había dado respuesta acerca de si las diligencias impulsadas por la demandante, constituida como acusación particular, tenían o no relación con los hechos y si podían servir o no para su acreditación y esclarecimiento. Este juzgado, que es un órgano judicial especializado en la investigación de hechos presuntamente constitutivos de delitos

de esta naturaleza, debería haber considerado todas las circunstancias del caso, a partir de las actuaciones practicadas hasta aquel momento. Por consiguiente, tendría que haber valorado la pertinencia de las diligencias de investigación propuestas por la denunciante para tratar de probar los hechos denunciados y haber resuelto o bien su realización o bien su denegación, antes de haber llegado a la decisión final del proceso.

El Tribunal Constitucional constató que las dos decisiones judiciales impugnadas se apoyaban en el contenido de las declaraciones de denunciante y denunciado, cuyas versiones habían sido consideradas contradictorias y opuestas entre sí para sostener sus propias versiones de los hechos.

En las resoluciones impugnadas se afirmó que la versión de la denunciante no tenía apoyos que corroboraran lo declarado. Se descartó que las alegaciones de maltrato pudieran ser compatibles con una convivencia matrimonial calificada esporádica. Además, se consideró significativo que la denuncia hubiera sido formulada en fechas próximas a la de presentación de la demanda de divorcio. Finalmente, se descartó que los diferentes mensajes aportados con la denuncia ostentaran relevancia penal, por más que en alguno de ellos el denunciado hubiera empleado expresiones desafortunadas o incluso groseras, o que se describiera a sí mismo como un maltratador, pues se lo valoró dentro del victimismo de quien reconoce haber obrado mal ante una crisis de pareja y reclama el perdón del ofendido.

Estas conclusiones no fueron acompañadas, en el auto de archivo, por las razones que justificaran no ahondar en la investigación ni practicar las diligencias probatorias que había propuesto la acusación particular en relación con su situación psicológica. Tampoco se expresó el motivo por el que resultaría innecesario indagar sobre la presión económica a la que la accionante, según su denuncia, habría sido sometida con la finalidad de aceptar los términos del convenio regulador del divorcio propuesto por el demandado, y que permitiría desplegar de oficio un amplio abanico de diligencias.

La investigación de los hechos se ciñó a recabar la declaración de ambas partes en el conflicto y adjuntar al proceso la documental aportada por la denunciante. El instructor obvió realizar otras diligencias, a pedido de parte o de oficio, que pudieran ser idóneas a partir de los testimonios. Al proceder de este modo, el juzgado incumplió su deber de investigar los hechos desde la específica atención a las circunstancias del caso, y decidió archivar las actuaciones sin antes haber despejado la sospecha fundada sobre los hechos y su relevancia penal.

En síntesis, las resoluciones judiciales impugnadas lesionaron el derecho de la actora a obtener una investigación suficiente y eficaz que cumpliera con sus exigencias de tutela judicial efectiva. Esta conclusión hace innecesario el examen de la segunda de las quejas expresadas en la demanda, vinculada con la motivación de las sentencias para decidir archivar el proceso.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva advertido conduce a la estimación del recurso de amparo y a la declaración de nulidad de las dos resoluciones judiciales impugnadas (art. 55.1 LOTC).

El auto del 11 de julio de 2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3 de Madrid, que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones, fue dictado sin haber agotado previamente la indagación sobre los hechos denunciados. El posterior auto del 25 de octubre de 2018 de la Sección Vigésimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó tal decisión, perpetuó la situación sin reparar la vulneración del derecho fundamental.

Por lo dicho, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de ambas resoluciones judiciales, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de ellas, para que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3 de Madrid resuelva lo pertinente las diligencias necesarias para realizar la investigación de forma suficiente y eficaz, que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, sin que ello implique prejuzgar el resultado último de la investigación.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Segunda**, Recurso de amparo 6127-2018, promovido por M. V. A. contra los autos del 11-7-2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3 de Madrid, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas núm. 822/2017; y del 25-10-2018 de la Sección Vigésimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso de apelación formalizado por aquella contra la anterior resolución, sentencia del 20-7-2020, en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2020\\_085/2018-6127STC.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_085/2018-6127STC.pdf).




---

**Derecho a la tutela judicial efectiva. Ocupación ilegal de viviendas. Desalojo. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías. (España).**

**Antecedentes del caso:** un grupo de diputados del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2018, que modificó la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, relativa a la ocupación ilegal de viviendas.

Sostuvieron que las modificaciones que introdujo la Ley 5/2018 en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) vulneraban el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), por facilitar un desalojo forzoso sin ofrecer una alternativa habitacional ni permitir a los órganos judiciales valorar las circunstancias concretas del caso. Además, adujeron que las modificaciones a la ley vulneraban los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). También señalaron que era inconstitucional la disposición adicional de la Ley 5/2018 que regula la coordinación y cooperación entre

las administraciones públicas competentes para prevenir situaciones de exclusión residencial en caso de desalojos forzosos.

El abogado del Estado solicitó la desestimación del recurso.

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

**1.** La Ley 5/2018 consta de un artículo único, una disposición adicional y dos disposiciones finales.

El artículo único reforma cinco artículos de la LEC. Como señala el preámbulo de la ley, el legislador pretendió modificar el interdicto de recobrar la posesión para recuperar de modo inmediato la vivienda ocupada ilegalmente. Los recurrentes solo cuestionaron este artículo.

**2.** La Ley 5/2018 modifica en su artículo único diversos preceptos de la LEC con el propósito de resolver el creciente fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas, especialmente en los núcleos urbanos.

El legislador afirmó que, si bien la normativa vigente permite acudir a la vía penal (delito de usurpación) para recuperar la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, esta forma de tutela jurídica tiene carácter de *ultima ratio* y no sustituye los cauces civiles para la tutela de los derechos posesorios. La modificación legal pretende remediar la imposibilidad de ofrecer una pronta respuesta judicial, y los consiguientes perjuicios para los poseedores legítimos que produce la demora.

El actual proceso civil para la recuperación inmediata de la vivienda es un proceso sumario, que se lleva a cabo como juicio oral. La competencia para conocer del asunto corresponde al juzgado de primera instancia de la localidad donde esté ubicada la vivienda que ha sido ocupada ilegalmente y cuya posesión el actor pretenda recuperar. El objeto de este proceso especial sumario se limita a la reclamación de la posesión de bienes inmuebles que tengan la consideración de vivienda (o parte de ella), y se excluyen los locales comerciales. La legitimación activa está restringida a la persona física propietaria, o poseedora legítima por otro título, que haya sido privada de la posesión de la vivienda por una ocupación ilegal —no consentida ni tolerada—, y también a determinadas personas jurídicas en esa misma situación —entidades sin fines de lucro con derecho a poseer la vivienda y entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social—. Por tanto, no pueden participar en el proceso de recuperación inmediata las demás personas jurídicas. La legitimación pasiva la tiene el ocupante ilegal.

Luego de notificar a los ocupantes, el juzgado deberá dar traslado del asunto a los servicios públicos competentes en política social por si procediera su intervención, siempre que los afectados estén de acuerdo. La demanda debe ser presentada en el plazo de un año desde el despojo y debe contener la pretensión de recuperación de la posesión con fundamento en la posesión legítima del demandante y el despojo sufrido a manos de los ocupantes. Además, el actor debe acompañar el título en el que funda su derecho. El juez requerirá a los ocupantes que aporten el título que justifique su situación posesoria. Si no lo hacen, o entregan uno inválido, dispondrá el

desalojo y la entrega inmediata de la posesión de la vivienda al demandante. No cabe ningún recurso contra esta resolución, y aplica contra cualquiera de los ocupantes que pudiera encontrarse en ese momento dentro de la vivienda. El juez también ordenará comunicar el desalojo a los servicios públicos competentes —siempre que los afectados lo consientan— para adoptar medidas de protección.

**3.** El Tribunal considera que los procedimientos sumarios son constitucionales. El juicio de ejecución hipotecaria, el de desahucio o el interdicto de recobrar la posesión no son de por sí contrarios a la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE). Los juicios sumarios no cierran la posibilidad de discutir el fondo del asunto en un posterior juicio declarativo ordinario, ya que la sentencia de juicios sumarios no tiene efectos de cosa juzgada material.

El Tribunal concluyó lo mismo en relación con este nuevo proceso especial, ya que es un proceso sumario de cognición limitada, en el que el juez debe resolver si dispone la recuperación inmediata de la posesión de una vivienda, bajo reglas determinadas. Luego de que se dicte la sentencia definitiva del proceso sumario, la parte cuya pretensión fue rechazada puede iniciar un proceso declarativo para discutir el fondo del asunto con todos los mecanismos procesales.

El Tribunal rechazó el pedido de declarar inconstitucional el nuevo proceso, ya que no vulneraba los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a la defensa ni a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) de los demandados. El Tribunal sostuvo que no se podía reprochar a los legisladores haber convalidado el nuevo procedimiento porque los cauces procesales anteriores no ofrecían una respuesta satisfactoria al problema creciente de la ocupación ilegal de viviendas. Añadió que no le correspondía pronunciarse sobre la oportunidad o conveniencia del nuevo proceso sumario ni sobre la suficiencia o insuficiencia de los cauces procesales preexistentes.

**4.** Los recurrentes sostuvieron que el nuevo procedimiento brindaba al actor la posibilidad de dirigir la demanda de forma genérica contra los ocupantes de la vivienda, aunque ignorara su identidad. En tal supuesto, se notificaría a cualquiera que la estuviera habitando, lo que vulneraría los derechos del demandado a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías.

Al respecto, el Tribunal advirtió que esa posibilidad no contradice el deber de los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de la relación jurídica procesal, como exigencia de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa y a un proceso con todas las garantías.

En estos casos, lo más frecuente será que la identidad de los ocupantes sea desconocida para el titular de la vivienda. Por eso, la Ley 5/2018 prevé que la demanda pueda dirigirse genéricamente contra los ocupantes, sin perjuicio de que se notifique la demanda a quien esté en la vivienda y la reciba. Esta previsión legal es constitucional, pues no cabe imponer al propietario la carga desproporcionada de llevar a cabo una investigación para identificar a los ocupantes ilegales. Esa tarea puede resultar infructuosa, estar vedada por los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE) y perjudicar a quien necesita obtener una tutela judicial rápida frente al despojo sufrido.

Además, aunque se desconozca la identidad de los ocupantes, pueden ser hallados y notificados en la vivienda ocupada. La notificación, que es personal, se documentará mediante diligencia firmada por el funcionario que la efectúe y por la persona a quien se notifique, cuya identidad se hará constar. De este modo, la indeterminación inicial sobre la identidad del demandado se resuelve durante la notificación. En consecuencia, la regulación controvertida no compromete los derechos invocados.

5. Por otra parte, los recurrentes afirmaron que la nueva regulación vulneraba el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, pues permitía un desalojo forzoso sin ofrecer una alternativa habitacional y sin permitir a los órganos judiciales valorar las circunstancias concretas del caso.

El Tribunal entendió que la decisión judicial de desalojar a los ocupantes conforme al procedimiento cuestionado no constituía una violación al derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado por el art. 18.2 CE. Por el contrario, la intervención judicial garantiza el cumplimiento de la norma constitucional.

Por otra parte, la orden judicial de desalojo no libera a los poderes públicos competentes de la responsabilidad de atender las situaciones de personas sin hogar, en particular cuando afecten a personas especialmente vulnerables. Las distintas administraciones públicas deben articular las medidas necesarias para prevenir situaciones de este tipo y dar una respuesta rápida y adecuada a los casos de vulnerabilidad que pudieran producirse por el desalojo judicial de ocupantes de viviendas, tal como expresamente lo indica la propia Ley 5/2018 en su disposición adicional.

6. Finalmente, los recurrentes sostuvieron que la regulación legal impugnada vulneraba el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Explicaron que permitir el desalojo sin garantizar un alojamiento adecuado para los afectados incumple las garantías mínimas en materia de desalojos forzosos previstas en instrumentos emanados de organismos dependientes de la Organización de Naciones Unidas.

El art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia “un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias”. Los poderes públicos están obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en particular mediante la regulación del uso del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Por tanto, dado que el art. 47 CE no garantiza un derecho fundamental, sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, la regulación cuestionada no puede contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Ese mandato constitucional dirigido a los poderes públicos no es incompatible con la decisión del legislador de establecer procedimientos judiciales para dirimir

las controversias acerca del mejor derecho en relación con la titularidad y posesión sobre los bienes inmuebles. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende también el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales en sus propios términos (art. 118 CE).

La prohibición de desalojos forzosos a la que se refieren los instrumentos de Naciones Unidas citados por los recurrentes no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de manera compatible con las normas internacionales de derechos humanos, en particular las normas referidas al derecho a un proceso con las debidas garantías, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación General n.º 7 (sobre el derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzosos). Una cuestión distinta es que el Estado español deba adoptar políticas sociales destinadas a promover el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en el marco del mandato del art. 47 CE y de otros preceptos constitucionales, así como de los compromisos internacionales sobre derechos humanos.

La Ley 5/2018 no es ajena a la preocupación del legislador por las situaciones de especial vulnerabilidad social que pueda producir el desalojo de viviendas decretado por vía judicial. La ley impone al órgano judicial el deber de comunicar esa situación a los servicios públicos competentes, siempre que cuente con el consentimiento de los afectados. El deber de comunicación se impone de nuevo al órgano judicial en caso de que estime la pretensión del actor y decrete el desalojo de los ocupantes de la vivienda (tercer párrafo del art. 441.1 bis LEC). Esta obligación del órgano judicial no se limita al nuevo proceso sumario, sino que se extiende a todos los procesos en los que la resolución judicial fije una fecha para el desalojo.

En conclusión, el Tribunal consideró que el legislador había tenido en cuenta las exigencias derivadas del mandato del art. 47 CE y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado español, ya que reguló mediante la Ley 5/2018 el proceso para la recuperación de la posesión de la vivienda ocupada. Por tanto, la regulación impugnada vulnera el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE).

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**, recurso de inconstitucionalidad 4703-2018, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, contra la Ley 5/2018, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, sentencia del 28-2-2019, en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2018\\_060/2016-2096STC.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_060/2016-2096STC.pdf).



## **Derecho a la vida. Derecho a la libertad personal. Derecho a la autodeterminación. Eutanasia. Suicidio asistido. (Italia).**

**Antecedentes del caso:** luego de sufrir un grave accidente automovilístico, F. A. quedó tetraplégico, ciego y sin autonomía para respirar, alimentarse ni controlar esfínteres. Sufría espasmos y contracciones que le causaban dolores agudos que solo podía aliviar con una sedación profunda. Sus facultades intelectuales, sin embargo, no presentaron alteraciones.

Después de largas y reiteradas internaciones y de varios intentos de rehabilitación, se hizo evidente que su situación era irreversible.

Dos años después del accidente, F. A. comenzó a madurar la idea de poner fin a su existencia y lo comunicó a sus seres queridos. Ante los intentos de la madre y de la novia para disuadirlo, y para demostrar su determinación inamovible, hizo una huelga de hambre y de palabra durante algunos días.

En mayo de 2016 se contactó con organizaciones suizas especializadas en asistencia al suicidio, práctica que la legislación suiza autoriza bajo ciertas condiciones.

En ese período se vinculó con M. C., quien le planteó la posibilidad de someterse en Italia a una sedación profunda e interrumpir los tratamientos de ventilación y alimentación artificial.

Posteriormente, M. C. aceptó acompañar a F. A. en auto a Suiza. En efecto, tras haber enviado a la organización suiza informes que documentaban sus condiciones de salud y la plena posesión de sus facultades mentales, F. A. había obtenido una fecha para llevar a cabo el suicidio asistido. En los meses siguientes reafirmó su decisión, que comunicó primero a sus amigos y luego públicamente mediante una filmación y un llamado al presidente de la República.

En Suiza, el personal de la clínica elegida verificó sus condiciones de salud, su consentimiento y su capacidad para administrarse el fármaco que le produciría la muerte. En esos últimos días, tanto M. C. como los familiares de F. A. lo acompañaron y le aseguraron que podía desistir de su propósito, en cuyo caso ellos lo llevarían de vuelta a Italia.

F. A. se suicidó el 27 de febrero de 2017, alrededor de tres años después del accidente, empujando con su boca un émbolo mediante el que se inyectó el fármaco letal en las venas.

Cuando M. C. regresó a Italia se autodenunció ante la policía.

Después de que el juez de instrucción preliminar del Tribunal ordinario de Milán hubiera dictado una orden de imputación forzada, de conformidad con el art. 409 del Código Procesal Penal, M. C. fue llevado a juicio ante la Corte d' Assise de Milán (Corte de Milán) por el delito de instigación o ayuda al suicidio, previsto en el art. 580 del Código Penal, tanto por haber reforzado el propósito suicida de F. A. como por haber facilitado su ejecución. La Corte de Milán, entonces, planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad del artículo.

En primer lugar, impugnó el artículo en cuanto incrimina las conductas de asistencia al suicidio como conductas de instigación alternativas, es decir, con

independencia de su contribución a la determinación o al refuerzo del propósito suicida. Por ello, la disposición violaría los arts. 2 y 13.1 de la Constitución italiana, que establecen respectivamente el principio personalista —que coloca al hombre y no al Estado en el centro de la vida social— y el de inviolabilidad de la libertad personal, y reconocen la libertad de autodeterminarse, incluso poner fin a la propia vida, y elegir cuándo y cómo debe ocurrir.

La Corte de Milán agregó que el art. 580 CP también infringiría el art. 117.1 de la Constitución en relación con los arts. 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que salvaguardan el derecho a la vida y el derecho al respeto por la vida privada, respectivamente, y que abarcarían el derecho de la persona a decidir con qué medios y en qué momento poner fin a su vida. Por otro lado, la aplicación de la norma supondría una intervención represiva del Estado, cuando solo se debería tender a evitar el riesgo de una indebida influencia en personas particularmente vulnerables.

A la luz de todos estos parámetros, según la Corte de Milán resultaría injustificado castigar las conductas orientadas a facilitar el suicidio de terceros que constituyan una mera ejecución de lo decidido de manera autónoma por quien ejerce la libertad en cuestión, porque no son lesivas de un bien jurídico tutelado.

En segundo lugar, la Corte de Milán impugnó el art. 580 CP en la parte en que prevé que las conductas orientadas a facilitar la ejecución del suicidio que no incidan en la decisión de quien pretende suicidarse, deben ser sancionadas con 5 a 10 años de prisión, sin distinguirlas de las conductas de instigación.

En este aspecto, la norma impugnada violaría el art. 3 de la Constitución porque en el aspecto causal las conductas de instigación al suicidio son más graves que aquellas de quienes simplemente contribuyen a la concreción de la decisión autónoma de terceros de poner fin a su existencia.

Por otra parte, también resultarían vulnerados los arts. 13, 25.2 y 27.3 de la Constitución, con arreglo a los cuales, la libertad del individuo solo puede ser sacrificada ante la lesión de un bien jurídico que no puede ser evitada de otra manera.

Mediante la ordenanza n.º 207/2018, la Corte Constitucional formuló varias observaciones y llegó a una serie de conclusiones sobre el *tema decidendum* que confirmó en la presente instancia.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Italia declaró que el art. 580 del Código Penal es inconstitucional en cuanto no excluye la punibilidad de quien —conforme a las modalidades previstas en los arts. 1.º y 2.º de la ley n.º 219/2017 (Normas sobre el consenso informado y las directivas anticipadas de tratamiento)— facilita la ejecución del propósito autónomo y libre de quitarse la vida de una persona que es mantenida viva mediante tratamientos de sostén vital y que sufre una patología irreversible que le causa padecimientos físicos o psicológicos intolerables, pero que es plenamente capaz de tomar decisiones libres y conscientes, siempre y cuando tales condiciones y sus modalidades de ejecución hayan sido verificadas por el servicio sanitario nacional, tras el dictamen del comité ético territorialmente competente.

La Corte sostuvo que del art. 2 de la Constitución deriva el deber del Estado de tutelar la vida de todas las personas y no así el de reconocerles la posibilidad de obtener ayuda del Estado o de terceros para morir. Asimismo, observó que en *Pretty vs Reino Unido*, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que del derecho a la vida, garantizado por el art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no puede desprenderse el derecho a renunciar a la vida, es decir, el derecho a morir. Además, la Corte consideró que tampoco es posible inferir el carácter inofensivo de la ayuda al suicidio a partir de un derecho genérico a la autodeterminación individual. En efecto, independientemente de las concepciones del legislador del año 1930, el fundamento del art. 580 CP, puede observarse —a la luz del cuadro constitucional vigente— en la tutela del derecho a la vida, sobre todo de las personas más débiles y vulnerables a las que el ordenamiento penal intenta proteger de una elección extrema e irreparable como la del suicidio. Asimismo, el artículo cumple el objetivo de tutelar a las personas que atraviesan dificultades y sufrimientos con el fin de evitar el peligro de que quienes decidan poner fin a su vida sufran interferencias de cualquier tipo.

La Corte consideró que situaciones como las del presente caso eran inimaginables en 1930, época en que la norma impugnada fue introducida. En efecto, en la actualidad, la medicina y la tecnología son capaces de evitar la muerte de pacientes en condiciones extremadamente comprometidas pero no lo son de devolverles sus funciones vitales. En tales casos, la asistencia de terceros para poner fin a su vida, para el enfermo puede ser el único modo de dejar de mantenerse vivo por medios artificiales, circunstancia que tiene el derecho de rechazar en virtud del art. 32.2 de la Constitución.

La ley n.º 219/2017 reconoce a todas las personas capaces el derecho a rechazar o interrumpir cualquier tratamiento sanitario, aunque necesario para su supervivencia, inclusive los de hidratación y nutrición artificial. Ese derecho se encuadra en el contexto de la relación de cura y de confianza entre el paciente y el médico. En todo caso, este debe respetar la voluntad expresa del paciente de rechazar el tratamiento sanitario o de renunciar a él, quedando, por ende, exento de toda responsabilidad civil o penal.

La legislación vigente no permite que el médico ponga a disposición del paciente que se encuentra en las condiciones descritas tratamientos dirigidos ya no a eliminar los padecimientos sino a causar su muerte. Por ello, para poner fin a su vida, el paciente está obligado a sufrir un proceso lento y de mayor sufrimiento para sus seres queridos.

En efecto, en este caso, el interesado solicitó asistencia al suicidio y descartó la solución de la interrupción de los tratamientos de sostén vital y sedación profunda porque no le habrían asegurado una muerte rápida. Dado que no dependía totalmente del respirador artificial, su muerte se habría producido después de algunos días, modalidad que él consideraba carente de dignidad. En efecto, la sedación profunda continua (práctica utilizada en los tratamientos sanitarios), junto con la interrupción de los tratamientos de sostén vital, tiene por efecto la anulación total y definitiva de la conciencia y la voluntad de la persona hasta el momento del deceso. Es comprensible,

pues, que la sedación terminal pueda ser vivida por algunas personas como una solución no aceptable.

En conclusión, la prohibición absoluta de ayuda al suicidio termina por limitar injustificada e irrazonablemente la libertad de autodeterminación del enfermo en la elección de las terapias—incluso de aquellas orientadas a liberarlo del sufrimiento—que emana de los arts. 2, 13 y 32.2 de la Constitución italiana, imponiéndole, en último análisis, una única modalidad para poner fin a su vida.

Lo cierto es que ante la falta de una regulación específica de la materia, cualquier persona podría lícitamente ofrecer, en su casa o a domicilio, con espíritu filantrópico o cobrando por ello, asistencia al suicidio a pacientes que lo deseen, sin ningún control de su capacidad para auto determinarse ni del carácter libre e informado de la elección que expresan o de la irreversibilidad de su patología, consecuencias estas de las que la Corte consideró que no puede hacerse cargo.

Por ello, ante la falta de decisión del Parlamento, la Corte sostuvo que no podía dejar de pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones en examen a fin de suprimir toda violación de la Constitución.

En la ordenanza n.º 207/2018, la Corte identificó las situaciones en relación con las cuales la indiscriminada represión penal de la ayuda al suicidio prevista en el art. 580 CP entra en conflicto con los preceptos constitucionales invocados. Se trata, en efecto, de casos en que es facilitada la ejecución del propósito suicida generado autónoma y libremente, de una persona que es mantenida viva mediante tratamientos de sostén vital y que sufre una patología irreversible que le causa padecimientos físicos o psicológicos intolerables, pero que es plenamente capaz de tomar decisiones libres y conscientes.

Por otra parte, la Corte sostuvo que el carácter sensible del valor en juego exige, además, la intervención de comités éticos territorialmente competentes, a fin de garantizar la tutela de las situaciones de particular vulnerabilidad, a la espera de una intervención del legislador. Se trata de organismos de consulta y referencia sobre problemas de naturaleza ética que pueden presentarse en la práctica sanitaria para garantizar la tutela de los derechos y valores de las personas, en relación con las experimentaciones clínicas de medicamentos o con su uso, funciones que engloban específicamente la salvaguardia de personas vulnerables y el llamado uso compasivo de medicamentos para pacientes con patologías para las cuales no estén disponibles alternativas terapéuticas válidas.

**CORTE COSTITUZIONALE DE ITALIA**, sentencia n.º 249, del 25-9-2019, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=249>.



## **Derecho a la vida. Derecho a la salud. Pueblos indígenas. Vulneración de sus derechos en el contexto de la pandemia de COVID-19. (Brasil).**

**Antecedentes del caso:** La Asociación de los Pueblos Indígenas del Brasil (APIB), junto con seis partidos políticos (PSB, PSOL, PCdoB, Rede, PT, PDT), presentó una acción por incumplimiento de un precepto fundamental ante el Supremo Tribunal de Brasil por fallas y omisiones en el combate del coronavirus en aldeas indígenas. Denunciaron la violación por parte del Estado de los derechos a la dignidad (art. 1, inc. III, CF), a la vida (art. 5) y a la salud (arts. 6 y 196), como el derecho de los pueblos indígenas a vivir en su territorio y de acuerdo con sus culturas y tradiciones (art. 231).

Los requirentes alegaron que el virus se expande rápidamente entre los pueblos indígenas y que, según los datos de la APIB, la tasa de mortalidad por COVID-19 entre indígenas es del 9,6%, contra un 5,6% de la población brasileña en general. Señalaron que los indígenas presentan una vulnerabilidad inmunológica mayor, por ser especialmente susceptibles de contraer enfermedades infectocontagiosas, y también una vulnerabilidad sociocultural mayor, pues su modo de vida tradicional se caracteriza, en general, por un intenso contacto comunitario: comparten habitaciones y utensilios, además de que, muchas veces, viven en áreas remotas o de difícil acceso. Por último, aludieron a la vulnerabilidad política de los pueblos indígenas, por ser grupos minoritarios cuyas prácticas culturales y condiciones geográficas no favorecen su representación dentro del Estado, y, por lo tanto, encuentran una enorme dificultad para que sus intereses sean contemplados en instancias superiores y cuentan con un bajísimo acceso a los servicios públicos esenciales, como educación, saneamiento básico y salud. Tal vulnerabilidad, alegaron, se agravó durante el curso del gobierno actual, dada la resistencia manifestada por el jefe del Ejecutivo para proteger los derechos de los indígenas y del medio ambiente del que dependen.

En lo que respecta específicamente al recurso, los requirentes imputaron una serie de fallas y omisiones al Poder Público. En primer lugar, denunciaron la falta de medidas para la contención y remoción de intrusos, muchos de ellos en grupos armados, que ingresan en tierras indígenas como ocupantes ilegales para extraer minerales y madera sin permiso, y entran en contacto con las tribus, ejercen violencia sobre ellos y facilitan el contagio de enfermedades. En segundo lugar, denunciaron las acciones imperitas del gobierno federal en materia de salud, con el ingreso en tierras indígenas de equipos que no habían cumplido la cuarentena y descuidaron las medidas preventivas. Además, cuestionaron la decisión política de la Fundación Nacional del Indio (FUNAI) y de la Secretaría Especial de Salud Indígena de prestar asistencia especializada de salud solo a los pueblos residentes en tierras indígenas homologadas —por lo que, aparentemente, se excluye de la posibilidad de recibir atención médica a las demás tribus que residen en tierras indígenas cuya homologación está pendiente—, y, también, de remitir a los indígenas no agrupados en aldeas (urbanos) al Sistema Único de Salud (SUS) general, que no cuenta con especialistas con formación específica para el trato de pacientes indígenas. Por último, se refirieron a la falta de elaboración de un plan pormenorizado que contenga una

estrategia de protección y un cronograma de implementación que cuente con la participación de las comunidades indígenas.

Sobre la base de tales argumentos, requirieron en sede cautelar el cumplimiento de una serie de medidas por parte de la Unión Federal: la instalación de barreras sanitarias para la protección de tierras indígenas pobladas por comunidades aisladas por voluntad propia o comunidades de contacto reciente (cuyos pobladores tienen baja comprensión del idioma y de las costumbres mayoritarias); el funcionamiento inmediato de una Sala de Situación con representantes del Ministerio Público Federal, de la Defensoría Pública de la Unión y de los pueblos indígenas (según indicaciones de la APIB); la desocupación de los intrusos en tierras indígenas, de ser necesario, con ayuda de las Fuerzas Armadas; la prestación inmediata de los servicios del Subsistema de Salud Indígena del SUS a todos los indígenas del Brasil, sin excepciones; la elaboración, en un plazo de 20 días, de un plan vinculante para combatir el COVID-19, impulsado por el Consejo Nacional de Derechos Humanos, con ayuda de especialistas y de representantes de los pueblos indígenas; la garantía de cumplimiento del plan por parte del Estado brasileño y su monitoreo por parte del Consejo Nacional de Derechos Humanos, con la participación de especialistas y de representantes de los pueblos indígenas.

**Sentencia:** el Supremo Tribunal Federal de Brasil acompañó las medidas referidas en la cautelar por el ministro Barroso, relator del recurso. Se dispuso la creación de barreras sanitarias y de una Sala de Situación, la presentación de un plan de enfrentamiento del virus que cuente con la participación de representantes de los pueblos indígenas y el acceso de todos los indígenas al Subsistema Indígena de Salud. Además, el Tribunal consideró que las ocupaciones son ilegales, pero observó la necesidad de actuar según protocolos. La mayoría votó por la elaboración de un plan de desocupación para disponer progresivamente la retirada de los intrusos.

1. En primer lugar, se reconoció la legitimidad activa de la APIB para interponer la acción. La Constitución asegura a los indígenas la representación judicial directa de sus intereses (art. 232) y el respeto a su organización social (art. 231). Por lo tanto, el hecho de que la APIB no cuente con personería jurídica no impide que se reconozca su representatividad. Por otra parte, la acción responde a los demás requisitos de admisibilidad y se encuadra, en efecto, dentro del tipo de amenaza a un precepto fundamental.

2. El análisis del ministro Barroso observó tres directrices. Primero, los principios de precaución y prevención en lo que respecta a la protección de la vida y la salud, en el marco de una denuncia sobre el riesgo inminente de exterminio en masa de los pueblos indígenas como consecuencia de la expansión del COVID-19. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal indica que, en caso de duda, deben adoptarse las medidas de mayor protección posible. El relator acompañó con citas textuales de declaraciones públicas del jefe de Estado el señalamiento de que se verifica una gran resistencia del Gobierno en cuanto a la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, destacó el esfuerzo de otros órganos del Estado, como las Fuerzas Armadas y el Ministerio de Salud, en el combate de los problemas

relativos a la cuestión indígena. En segundo lugar, observó la necesidad de diálogo institucional entre el Poder Judicial y el Ejecutivo para lograr una solución basada en el consenso. En tercer lugar, destacó la obligatoriedad del diálogo intercultural en toda cuestión relativa a los derechos de los pueblos indígenas, como la vida, la salud y el medio ambiente.

**3.** A continuación se examinaron los pedidos mediante la cautelar.

### **3.1.** Barreras sanitarias

Los pueblos indígenas tienen derecho al aislamiento y el Estado debe asegurarlo. El derecho de los indígenas a la autodeterminación y la identidad cultural está amparado por el art. 231 de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT (arts. 2,1; 4,1-2; 5 y 7). Para algunos pueblos, el aislamiento constituye una forma de preservar su identidad cultural, por lo tanto, el ingreso sin su autorización de cualquier individuo exógeno a la comunidad constituye un delito. En el contexto actual de la pandemia, los pueblos aislados y de contacto reciente son los más expuestos al contagio y la extinción, en razón de su vulnerabilidad inmunológica y sociocultural. De acuerdo con las directivas internacionales de la ONU (OACNUDH) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Resolución 1/2020) respecto de la pandemia, la medida de protección más eficaz que debe ser aplicada en favor los pueblos indígenas es el aislamiento mediante barreras o cordones sanitarios para impedir el acceso de extraños a sus tierras, inclusive con medidas de fuerza, si fuera necesario. La obligación de asegurar el aislamiento de estas comunidades y la suspensión del ingreso de terceros a sus territorios fueron reconocidas, además, por la Procuraduría General de Brasil (AGU, por sus siglas en portugués).

El Tribunal reconoció el peligro de la demora en la implementación de la medida, y ordenó al gobierno federal consultar a la Sala de Situación y presentar un plan de creación de barreras sanitarias en tierras indígenas en un plazo de diez días tras la publicación de la sentencia.

### **3.2.** Sala de Situación

La disposición de una Sala de Situación para evaluar el combate contra la pandemia en las áreas pobladas por comunidades indígenas aisladas o de contacto reciente no constituye una interferencia del Poder Judicial en las políticas públicas. Se trata, simplemente, de la implementación judicial de una norma federal que no es observada por el Ejecutivo. En efecto, la creación de la Sala de Situación para la gestión de la epidemia en lo que respecta a los pueblos indígenas está prevista en una norma expedida por el Ministerio de Salud y la FUNAI —Fundación Nacional del Indio— (Orden Conjunta n.º 4094/2018). Por otra parte, se consideró indispensable la participación de los indios en el proceso, por cuanto cada comunidad tiene problemas específicos que deben ser puestos en conocimiento de las autoridades y no basta con que las acciones sean rápidas, sino que además deben ser eficaces (cf. art. 25, 1-2 y art. 33, 1-2 del Convenio 169 de la OIT).

Por lo tanto, se ordenó al Gobierno Federal la creación de una Sala de Situación que cuente con la participación de las mismas comunidades, por medio de la APIB, de la Procuraduría General de la República y de la Defensoría Pública de la Unión.

Los miembros deberán ser designados a partir de las 72 horas de emitida la decisión, y la primera reunión virtual debe ser convocada dentro de las 72 horas posteriores a la definición de los representantes.

### 3.3. Retiro de los ocupantes

Se consideró imperativa la remoción de los grupos armados ilegales. Su presencia constituye una violación del derecho de los pueblos indígenas a su territorio y cultura y una amenaza a su vida y salud.

No obstante, la situación, que no es nueva, no guarda un vínculo directo con la pandemia. Se trata de un problema social de extrema gravedad y de difícil resolución (se estima la presencia de veinte mil intrusos en apenas una de las áreas indígenas). Su remoción podría acarrear el riesgo de un conflicto armado, además de que requeriría el ingreso de fuerzas policiales y militares en los territorios, lo que aumentaría las posibilidades de contagio. Por esta razón, el recurso presenta un *periculum in mora* inverso, porque exige el retiro de los ocupantes, que supondría el ingreso de fuerzas militares y policiales, a la vez que atribuye los contagios a los equipos médicos del Ministerio de Salud y las Fuerzas Armadas.

Se ordenó al Gobierno Federal incluir en el plan de enfrentamiento y monitoreo del COVID-19 en aldeas indígenas una medida de contención y aislamiento de los ocupantes ilegales. El Tribunal insistirá sobre el deber del Gobierno Federal de elaborar un plan de desocupación en caso de que no fuera implementado.

### 3.4. Extensión del Subsistema de Salud Indígena a todos los indígenas en Brasil

El Tribunal consideró inaceptable la postura de la Unión respecto de los pueblos indígenas y manifestó que todos los indígenas deben tener acceso al Subsistema Indígena de Salud, independientemente de la homologación de las tierras o reservas, incluso aquellos que no formen parte de una aldea, en caso de falta de disponibilidad del Sistema Único de Salud general (cf. art. 1.1 del Convenio 169 de la OIT y de la Ley n.º 8080/1990, art. 19). La identidad de un grupo como pueblo indígena está sujeta al autorreconocimiento de los miembros del propio grupo y no depende de la homologación del derecho a la tierra.

Además, el Tribunal aludió a la declaración del presidente de la República acerca de que no delimitaría ni homologaría ni un solo centímetro de tierra indígena durante su mandato. En este contexto, por lo tanto, los indígenas ven negados todos sus derechos: a su territorio, a sus recursos naturales, a su cultura, a su modo tradicional de subsistencia, y, por si fuera poco, el Estado les niega, además, la prestación del servicio de salud en medio de una pandemia mundial, que mató a más 60 000 brasileños, y los expone al riesgo de exterminio. Además, el argumento de que pueden recurrir al SUS general es de validez dudosa, puesto que, por un lado, se trata de comunidades situadas en zonas de difícil acceso, y, por el otro, el SUS no cuenta con especialistas capacitados para atenderlos.

Se ordenó la extensión inmediata de los servicios del Subsistema Indígena de Salud a los pueblos situados en tierras no homologadas como a aquellos que viven en áreas urbanas. Sobre esto último, destacó que la residencia en un área urbana no vuelve al indígena un aculturado ni supone la inexistencia de necesidades y costumbres particulares.

**3.5. Elaboración y monitoreo del Plan de Enfrentamiento del COVID-19 para los pueblos indígenas brasileños**

Los requirentes denunciaron que el existente Plan de Contingencia Nacional para Infección Humana por el Nuevo Coronavirus en Pueblos Indígenas es defectuoso, solo expresa orientaciones generales y no prevé medidas concretas, carece de un cronograma y no define responsabilidades. Además, no cuenta con la participación de las comunidades indígenas.

A este respecto, se ordenó al Gobierno Federal la elaboración de un plan para enfrentar el COVID-19 en los pueblos indígenas brasileños, en un plazo de 30 días a partir de la decisión, y con la participación de las comunidades y del Consejo Nacional de Derechos Humanos. Dentro de las 72 horas posteriores a la decisión debe elegirse a los representantes de las comunidades.

#### 4. Otras consideraciones de los ministros

Algunos ministros observaron que el examen de la cuestión es aún preliminar y que, para el juicio de mérito, el Tribunal deberá contar con un panorama completo sobre la situación de las tierras indígenas, la ubicación y la cantidad de ocupantes y un cronograma de retiro.

El ministro Alexandre de Moraes, que acompañó el voto de Barroso integralmente, señaló que la desocupación de intrusos requiere una estructura operacional con protocolos de acción. El plan debe ser llevado a cabo por la policía federal con ayuda de las policías militares locales y junto con una estructura de apoyo mayor formada por asistentes sociales, psicólogos, médicos y enfermeros que, en este momento, están dedicados por completo al combate de la pandemia.

Por último, el ministro Edson Fachin acompañó al relator pero presentó una divergencia puntual. Consideró que el retiro de los ocupantes debe ser inmediato, a fin de no exponer a los indígenas al riesgo de contagio del virus.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL.** *ADPF 709*, 5-8-2020, en <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448997> y <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=447103&cori=1>.




---

**Derecho a la vida. Tratamiento de soporte vital. Daño irreversible al cerebro. Interés superior del niño. Principio de sacralidad de la vida. Derecho a la dignidad humana. Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. (Reino Unido).**

**Antecedentes del caso:** el 9 de febrero de 2019 Tafida Raqeeb, una niña de 5 años, fue sometida a una cirugía cerebral en el Kings College Hospital de Londres. Esa misma mañana había despertado a su madre quejándose de un fuerte dolor de

cabeza, y, poco después, dejó de respirar. Los médicos consideraron que el trastorno se había debido a la ruptura de una malformación arteriovenosa cerebral, una rara afección que en Tafida resultó ser asintomática. El pediatra neurólogo comunicó a los padres que había muy pocas probabilidades de que la niña sobreviviera, y que, de hacerlo, quedaría severamente discapacitada por el daño irreversible ocasionado a su cerebro; que necesitaría cuidados permanentes y dependería de un respirador. Recomendó que se la derivara a cuidados paliativos y se descartaran los tratamientos invasivos que de ninguna manera le serían beneficiosos. Los padres de Tafida, musulmanes practicantes, no accedieron al retiro del tratamiento de soporte vital y manifestaron su deseo de que se sometiera a su hija a todos los tratamientos posibles.

El 16 de julio del mismo año, la representante de Tafida solicitó ante el Tribunal Supremo del Reino Unido la revisión judicial de la decisión de los médicos del Servicio Nacional de Salud de prohibir el traslado de la niña al hospital pediátrico Gaslini de Génova, Italia. Por su parte, el Servicio Nacional de Salud solicitó al Tribunal el dictado de una declaración de que el retiro del soporte vital servía al interés superior de la niña.

**Sentencia:** el Tribunal Supremo del Reino Unido desestimó sendas solicitudes y decidió que Tafida debía seguir recibiendo el tratamiento de soporte vital.

El Tribunal consideró que, a los fines de establecer el interés superior de Tafida, las cuestiones médicas fundamentales a tener en cuenta son: el nivel de conciencia de la niña; si siente o no dolor; hasta qué punto puede beneficiarse del tratamiento y cuál es el pronóstico para cada uno de estos factores.

En lo que respecta al nivel de conciencia, las pruebas médicas indican que Tafida padece una disfunción cerebral grave y generalizada, pero que existe consenso respecto de que no es posible excluir cierto nivel de percepción consciente.

En cuanto a la capacidad de sentir dolor, las pruebas médicas señalan que Tafida no expresa dolor en su rostro y no responde al dolor con un incremento en la frecuencia cardíaca ni alejándose de los estímulos dolorosos. Por otro lado, la succión de la sonda endotraqueal no le provoca tos ni náuseas.

Con respecto al pronóstico, el Tribunal sostuvo que las condiciones médicas de Tafida son sustancialmente irreversibles. Pese a que la opinión médica afirma que hay posibilidades de que en el futuro Tafida haga un mínimo progreso neurológico, lo cierto es que permanecerá con una discapacidad neurológica grave para el resto de su vida. Además, el Tribunal afirmó que, si Tafida sigue bajo tratamiento de soporte vital, es probable que viva diez o veinte años más, y que, en el curso de ese período, además de un problema severo de movilidad, de una combinación de espasticidad y distonía y una grave deficiencia cognitiva, también desarrolle epilepsia resistente a las drogas, escoliosis asociada a una deficiencia cardiorrespiratoria que puede requerir cirugía, dislocación parcial o total de la cadera, neumonía, enfermedad ósea asociada a fracturas patológicas, cálculos renales, úlceras de decúbito, hipertensión y neoplasia. En conclusión, las pruebas médicas demuestran claramente que, en la actualidad, Tafida se encuentra médicamente estable y que, si bien hace cierto

esfuerzo por respirar, no resulta un factor suficiente para descartar la ayuda del respirador mecánico.

El Tribunal sostuvo que la posición del Servicio Nacional de Salud —según el cual continuar con el tratamiento de soporte vital no sirve al interés superior de Tafida— se sustenta en factores relevantes. Sin embargo, afirmó que existen factores convincentes que se oponen a la pretensión del Servicio Nacional de Salud. En efecto, las pruebas demuestran que Tafida tenía un conocimiento cada vez mayor de las prácticas del Islam, que había desarrollado una idea sobre la importancia de la vida y una aceptación sin prejuicios de la situación de los discapacitados. Por lo tanto, en opinión del Tribunal, la formulación del Servicio Nacional de Salud resulta correcta pero incompleta.

Con respecto al tratamiento médico, el Servicio Nacional de Salud había alegado que la propuesta de atención en el hospital Gaslini era sustancialmente la misma que se le brindaba a Tafida en Londres. Sin embargo, el Tribunal argumentó que la propuesta del equipo médico italiano consistía en que, tras una y una gastroscopia, Tafida pudiera ser asistida por su familia en su propio hogar. Por otra parte, según el Tribunal, esta alternativa se corresponde con el derecho a recibir tratamiento médico en otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El Tribunal observó que, en relación con el principio de la sacralidad de la vida, los padres de Tafida habían hecho hincapié en el contenido de una *fatwa* obtenida a través del Consejo Musulmán de Cooperación en Europa. En rigor, en el marco del proceso la *fatwa* constituye simplemente una valiosa reafirmación de la sacralidad de la vida, principio reconocido por todas las grandes religiones, así como por quienes tienen una visión científica o laica de la vida. De acuerdo con este principio fundamental y sagrado, según el cual la vida de Tafida tiene un valor intrínseco, es pertinente considerar beneficiosa la adopción del tratamiento de soporte vital. Si bien Tafida padece una grave discapacidad, su vida tiene el mismo valor que todas las demás.

Por otro lado, el Tribunal afirmó que, a los efectos legales, el principio clave en el proceso es que la sacralidad de la vida de Tafida no es absoluta y podría verse contradicha en determinadas circunstancias. Por ejemplo, en el caso de que no se obtuviera beneficio alguno del tratamiento médico administrado y siguiera profundizándose el deterioro cognitivo, aun sin sentir dolor, pero, como en el caso de Tafida, con una mínima o nula conciencia de su familia y las relaciones sociales y una mínima o nula capacidad de reacción a los estímulos externos para encontrar consuelo o alegría en los seres queridos o en el mundo circundante.

Con respecto al mínimo o nulo beneficio médico obtenido del tratamiento de soporte vital alegado por el Servicio Nacional de Salud, el Tribunal observó que sus beneficios van más allá de lo estrictamente médico, ya que la niña puede permanecer en su hogar al cuidado afectuoso de su familia y vivir de acuerdo con los principios de la religión con la que ha sido educada y con la cual había comenzado a mostrar afinidad.

Por otra parte, el Tribunal tomó en consideración las afirmaciones del Servicio Nacional de Salud de que no puede ser excluida totalmente la posibilidad de que

Tafida sienta dolor, y, en consecuencia, que podría estar cada vez más agobiada por el dolor debido a las demás discapacidades físicas que podría desarrollar en el futuro. Sin embargo, el Tribunal consideró que estas afirmaciones deben ser tomadas con cautela. En efecto, el estándar de prueba aplicable en este proceso es el equilibrio de probabilidades.

El Servicio Nacional de Salud también alegó que, aun cuando Tafida no sienta dolor, un tratamiento médico invasivo prolongado puede llegar a menoscabar su dignidad humana de manera inaceptable. El Tribunal sostuvo que el concepto de dignidad humana no está exento de dificultades. En efecto, no se aviene a una definición precisa y no existe un acuerdo universal acerca de su significado. Por lo tanto, su interpretación debe admitir aspectos subjetivos, como los relativos a la religión y la cultura.

En este contexto, el Tribunal estimó que también debía ser considerada la cuestión de si continuar el tratamiento puede afectar la dignidad de Tafida. La evidencia muestra que, pese a encontrarse con un mínimo nivel de conciencia y depender completamente de los cuidados de otros, existe la posibilidad de que Tafida perciba el cuidado afectuoso de su familia. El Tribunal consideró que, en el marco del concepto de la dignidad humana, esta propuesta resulta significativamente diferente a, por ejemplo, que la niña permanezca recluida durante años en una unidad de cuidados intensivos.

En síntesis, el Tribunal sostuvo que velar por el interés superior de cualquier niño implica la determinación de que las decisiones difíciles relativas a su expectativa y calidad de vida sean tomadas por un progenitor en ejercicio de su responsabilidad parental.

Además, el Tribunal sostuvo que debe ser tomado en consideración el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión que el art. 9 de la Convención le otorga a Tafida y a sus padres, para quienes el retiro del soporte vital puede constituir un pecado, dado que, según sus creencias, mientras perdura el aliento vital, también perdura el alma.

El Tribunal consideró que, sin desechar las graves cuestiones planteadas por el Servicio Nacional de Salud, el derecho aplicable resulta claro y exige que la decisión respecto del interés superior del menor sea tomada mediante una evaluación cuidadosa y equilibrada de todos los factores referidos. Decidió que para servir al interés superior de Tafida debe continuarse con el tratamiento de soporte vital, y, en consecuencia, que tanto el Servicio Nacional de Salud como el hospital Gaslini deben continuar proveyéndolo.

Finalmente, el Tribunal sostuvo que en los casos en que no existe conciencia del dolor, la respuesta a las evaluaciones sobre el interés superior del niño debe encontrarse en factores subjetivos y de elevado valor ético, moral o religioso extrínsecos al niño, tales como la dignidad, el sentido de la vida y el principio de la sacralidad de la vida, cuyos significados son diferentes para cada persona en una sociedad diversa, multicultural y multireligiosa. Dado que las innovaciones médicas siguen llevando ante los tribunales casos de esta naturaleza, deberá aplicarse siempre el interés superior del niño.

**Nota de la Oficina de Referencia extranjera:** la *fatwa* (en español, fetua) es una decisión o interpretación de la ley islámica o sharía promulgada por un muftí, especialista en ley islámica. Los consejos de la sharía en el Reino Unido son instancias intermedias o alternativas para la resolución de conflictos entre musulmanes, especialmente en materia de derecho de familia o disputas financieras. Aun cuando se concede a las fetuas cierto grado de autoridad, en general, no se las considera vinculantes; el peticionario que encuentre la fetua poco convincente puede solicitar otra opinión.

**TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO UNIDO,** *Tafida Raqeeb (By her litigation friend XX) and Barts NHS Foundation Trust and Others*, sentencia del 3-10-2019, en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/10/Raqeeb-Judgment-Final-03.10.2019-pdf-Publication-Copy.pdf>.




---

**Derecho a la vida privada. Derecho a la identidad de género. Derechos reproductivos. Cambio de género. Inseminación intrauterina. Inscripción del hijo como padre o progenitor. Diferencia material entre género y estado parental. (Reino Unido).**

**Antecedentes del caso:** hace una década, a la edad de 22 años, TT, que había nacido mujer, inició un tratamiento con testosterona para cambiar de género. En 2014 se sometió a una cirugía de doble mastectomía. En su pasaporte y en la historia clínica del Servicio Nacional de Salud del Reino Unido, su género fue consignado como masculino.

En septiembre de 2016, bajo supervisión médica, TT suspendió la terapia con testosterona e inició un tratamiento de fertilidad en Inglaterra y Gales, en una clínica autorizada, de conformidad con la ley de fertilización y embriología humana de 1990. El objetivo del tratamiento era la fertilización de uno o más óvulos propios en su útero. Los registros de la clínica demuestran que el género de TT se consignó como masculino. A fin de maximizar el éxito del tratamiento, la terapia con testosterona fue suspendida.

En enero de 2017, en virtud de la ley de reconocimiento de género de 2004, TT presentó una solicitud a fin de obtener un certificado que confirmara su género masculino. Junto con el formulario de la solicitud y la historia clínica de su diagnóstico de disforia de género, TT presentó una declaración en la que manifestaba su intención de seguir viviendo toda su vida como varón. Tres meses después le fue expedido el certificado que confirmaba su género masculino.

Para ese entonces, TT se sometió a la inseminación intrauterina con espermia donante. El proceso fue exitoso y TT, registrado como varón, dio a luz a su hijo YY en enero de 2018.

En el momento de inscribir el nacimiento de su hijo en el Registro Civil, TT fue informado de que debía registrarse como madre del niño, aunque podía utilizar su nombre masculino.

Dado que TT deseaba ser registrado como padre o, alternativamente, como progenitor de YY, el 3 de abril del mismo año interpuso una demanda ante el Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, solicitando la anulación judicial de la decisión del Registro Civil. TT alegó que en caso de no declararse la anulación, se incurriría en una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizada por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que, en consecuencia, correspondía que el Tribunal Supremo emitiera una declaración de incompatibilidad en virtud del art. 4 de la ley de derechos humanos de 1998.

El Registro Civil y el Gobierno se opusieron a la demanda.

**Sentencia:** el Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido desestimó la demanda interpuesta. Asimismo, declaró que en la declaración de filiación emitida en virtud del art. 55A de la ley de familia de 1986, constará que TT es la madre de YY, y que, como tal, tendrá automáticamente la responsabilidad parental sobre su hijo.

El Tribunal Supremo sostuvo que hasta el momento la persona que da a luz siempre ha sido considerada como la madre del recién nacido. Sin embargo, actualmente, una persona que nace mujer puede realizar un cambio de género y, antes de concebir, gestar y dar a luz a un niño, ser reconocido por la ley como varón, con la consecuencia de que quien da a luz es legalmente un hombre y no una mujer. La cuestión que se plantea es si ese hombre es la madre o el padre del niño.

El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que existe una diferencia material entre el género de una persona y su condición de progenitor. Ser madre—hecho que hasta ahora siempre estuvo asociado a ser mujer— es la condición de aquella persona que sufre el proceso físico y biológico de gestar y dar a luz. Sin embargo, en la actualidad, es posible médica y legalmente que una persona cuyo género es reconocido como masculino por la ley pueda quedar embarazada y dar a luz a un niño. Entonces, pese a que el género de esa persona es masculino, su estado parental—que deriva de la función biológica de dar a luz— es el de madre.

El Tribunal Supremo analizó la circunstancia de si la definición del término “madre” presente en el *common law* resulta alterada por alguna de las leyes pertinentes, en especial la ley de fertilización y embriología humana y la ley de reconocimiento de género, y llegó a la conclusión de que no. En efecto, observó que según la ley de reconocimiento de género, la condición de una persona en tanto padre o madre de un niño no es afectada por su nuevo género, incluso cuando el nacimiento haya tenido lugar después de la emisión del certificado de reconocimiento de género.

Por otra parte, el Tribunal Supremo sostuvo que el derecho británico no es incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos en lo que respecta al punto invocado por el demandante.

El Tribunal Supremo sostuvo que el presente caso trata fundamentalmente de una cuestión de política pública más que de derecho, e invitó al Gobierno y al Parlamento a abordarlo adecuadamente.

**TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL REINO UNIDO**, *The Queen (on the application of TT) and The Registrar General for England and Wales*, sentencia del 26-9-2019, en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/09/TT-and-YY-APPROVED-Substantive-Judgment-McF-25.9.19.pdf>.




---

**Derecho a la vida privada. Derecho a la protección de los datos personales. Derecho a la libertad de expresión. Derecho a la comunicación. Derecho tributario. Fraude y evasión fiscal. (Francia).**

**Antecedentes del caso:** más de sesenta diputados y más de sesenta senadores presentaron varios recursos ante el Consejo Constitucional de Francia para cuestionar la constitucionalidad de diecisiete artículos de la ley que estableció el presupuesto para 2020.

Uno de los artículos que los accionantes impugnaron fue el 154, que permite a las autoridades tributarias y aduaneras, de forma experimental y durante tres años, recopilar y utilizar de manera automatizada los contenidos de acceso público que encuentren en redes sociales y sitios de internet de usuarios de plataformas web. El objetivo de la norma es investigar infracciones y delitos fiscales y aduaneros. Así, los organismos competentes pueden revisar perfiles, publicaciones y fotos de acceso libre de los usuarios para intentar encontrar pruebas de ingresos no declarados o de inconsistencias en sus declaraciones de aduanas o de impuestos.

Los accionantes alegaron que el art. 154 excedía la competencia de la ley de presupuesto. Además, cuestionaron que esta norma permitía establecer un dispositivo de vigilancia informática, por lo que resultaba inconstitucional y violaba los derechos al respeto de la vida privada, a la protección de los datos personales y, si derivara en la autocensura de los usuarios de internet, a la libertad de expresión.

**Sentencia:** el Consejo Constitucional de Francia declaró que el art. 154 de la ley de presupuesto para 2020 era constitucional, pero estableció ciertas limitaciones en su ejercicio.

El Consejo Constitucional señaló que correspondía al legislador asegurar la conciliación entre el objetivo de valor constitucional de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal y el derecho al respeto de la vida privada. También destacó que correspondía al legislador establecer las normas relativas a las garantías fundamentales otorgadas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas. Por eso, el legislador puede sancionar normas para intentar conciliar la búsqueda del objetivo de valor constitucional de luchar contra el fraude y la evasión fiscal con el ejercicio del derecho a la comunicación libre y la libertad de hablar, escribir y publicar. Sin embargo, la libertad de expresión es incluso más valiosa, ya que su ejercicio es una condición indispensable de la democracia y una de las garantías del respeto a otros

derechos y libertades. Las limitaciones al ejercicio de esta libertad deben ser necesarias, apropiadas y proporcionales con el objetivo perseguido.

A partir de este marco constitucional, el Consejo Constitucional entendió que las disposiciones impugnadas infringían el derecho al respeto de la vida privada, ya que autorizaban a la administración a emplear medios informáticos y automatizados para, por un lado, recopilar de manera indiferenciada una muy importante cantidad de datos, relacionados con un gran número de personas, publicados en servicios de comunicación en línea y para, por otro lado, utilizar esos datos mediante diferentes operaciones, como la realización de verificaciones cruzadas o el análisis de la información. Además, el Consejo Constitucional indicó que, en la medida en que estas disposiciones puedan desalentar el uso de los servicios de comunicación en línea o limitarlo, también infringían el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la comunicación.

Con respecto a los propósitos de las disposiciones impugnadas, el Consejo Constitucional señaló que el legislador pretendía fortalecer los mecanismos de control de los organismos tributarios y aduaneros y proporcionarles sistemas informatizados automatizados para recopilar datos personales de acceso público en internet, con fines de investigación de infracciones y delitos fiscales y aduaneros. De este modo, el legislador persiguió el objetivo de valor constitucional de luchar contra el fraude y la evasión fiscal.

El Consejo Constitucional examinó todas las garantías que la ley de presupuesto había establecido para regular la implementación de estas medidas y limitar el riesgo de vulnerar derechos protegidos por la Constitución. Observó que el procesamiento de datos autorizado por las disposiciones impugnadas podía facilitar la investigación de ciertos delitos e infracciones vinculados, en ocasiones, con el uso de internet, y también podía ser útil para la investigación de declaraciones de impuestos que no hubieran cumplido las normas de domiciliación fiscal.

Además, el Consejo Constitucional indicó que la información que se recopilara y utilizara debía cumplir ciertas condiciones. Por un lado, el contenido debe ser de acceso libre en un servicio de comunicación en línea abierto al público, por lo que queda excluido el contenido accesible solo después de ingresar una contraseña o de registrarse en el sitio web en cuestión. Por otro lado, debe ser claro que el contenido fue hecho público por los usuarios. El Consejo Constitucional subrayó que solo era posible recopilar y usar el contenido vinculado con la persona que lo había divulgado intencionalmente. No pueden ser utilizados los contenidos que revelen el supuesto origen racial o étnico, las opiniones políticas, las creencias religiosas y filosóficas, la afiliación sindical, la información genética y biométrica o datos relacionados con la salud y la vida u orientación sexual de una persona.

El Consejo Constitucional también señaló que, a las personas involucradas, les correspondían las garantías relativas al acceso, rectificación y eliminación de los datos, así como a la limitación del procesamiento de la información.

Consideró que, para que la implementación de la medida de procesamiento de datos fuera proporcional con los fines perseguidos, el poder reglamentario debía garantizar, bajo la supervisión del juez, que los algoritmos empleados solo permitieran la recopilación y el almacenamiento de los datos estrictamente necesarios. Además,

agregó que correspondía a las autoridades competentes, en cumplimiento de las garantías mencionadas y bajo el control del tribunal competente, asegurar que la recopilación, registro, almacenamiento, consulta, comunicación, refutación y rectificación de los datos de las operaciones de procesamiento se implementaría de manera adecuada y proporcional con el objetivo perseguido.

A la luz de todos estos elementos, el Consejo Constitucional consideró que, para las infracciones y delitos mencionados, el legislador había dispuesto, bajo las condiciones establecidas anteriormente, garantías adecuadas para asegurar una conciliación equilibrada entre el derecho al respeto de la vida privada y el objetivo de valor constitucional de combatir el fraude y la evasión fiscal. También concluyó que la limitación al ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la comunicación era necesaria, apropiada y proporcional con los objetivos perseguidos. En tal sentido, la norma cuestionada es constitucional.

Sin embargo, el Consejo Constitucional advirtió que recopilar y utilizar datos para la investigación de una infracción por el incumplimiento o la demora en la presentación de una declaración de impuestos dentro de los treinta días posteriores a la recepción de una intimación, excede el propósito de la norma y afecta el derecho al respeto de la vida privada y la libertad de expresión y el derecho a la comunicación de un modo desproporcionado.

Finalmente, el Consejo Constitucional subrayó que, para determinar si es conveniente continuar con el sistema de recopilación y utilización de datos al final del período de prueba de tres años fijado por la ley, el legislador deberá evaluar el funcionamiento de este dispositivo y, en vista del respeto de los derechos y libertades antes mencionados y el cumplimiento de las condiciones establecidas, comprobar su eficacia en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. A partir de esta evaluación, la constitucionalidad de la norma podrá ser examinada nuevamente.

**CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA**, sentencia n.º 2019-796 DC del 27-12-2019, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019796DC.htm>.




---

**Derecho a morir dignamente. Condiciones para su garantía. Acción de tutela como mecanismo principal. Eutanasia. Solicitud de un pariente a favor del enfermo. Inexistencia de un documento de voluntad anticipado. Enfermedad terminal como requisito. (Colombia).**

**Antecedentes del caso:** María Liria Calle de Vélez, de 94 años, estaba postrada en una cama desde hace varios años. Sufría múltiples y graves padecimientos de salud, que le causaban gran dolor y le impedían interactuar con el medio, sin que

existiera ninguna esperanza de recuperación. Su hija y única familiar responsable, Carmen Diana Vélez Calle, solicitó, en enero de 2019, a Coomeva E. P. S., al Grupo Operador Clínico Hospitalario por Outsourcing S. A. S. y a la Clínica Los Rosales que se conformara el comité científico interdisciplinario para garantizar el derecho de su progenitora a morir con dignidad.

Las mencionadas entidades se opusieron. Argumentaron que Vélez Calle no había aportado el documento de voluntad anticipada suscrito por la paciente que respaldara el consentimiento sustituto que su hija pretendía hacer valer. También alegaron que la paciente no padecía una enfermedad terminal ni una condición patológica grave establecida por un médico experto.

En junio de 2019, Vélez Calle —en calidad de agente oficiosa— interpuso una acción de tutela contra las entidades, por la presunta vulneración del derecho fundamental de su madre a morir dignamente. Argumentó que, debido a su estado de salud, sus condiciones de existencia no eran dignas y que no podía expresar su voluntad de terminar con el sufrimiento que padecía. Solicitó al juez constitucional que ordenara a las entidades prestadoras del servicio de salud conformar un comité científico interdisciplinario e iniciar un protocolo legal —en los términos de la Resolución 1216/2015 del Ministerio de Salud y Protección Social— para que se le garantizara a su madre el derecho fundamental a morir con dignidad.

Los jueces de primera y de segunda instancia, después de considerar que el proceder de las demandadas se encontraba justificado legalmente, dictaron fallos adversos a las pretensiones de Vélez Calle.

La Sala de Selección de Tutelas n.º 9 de la Corte Constitucional de Colombia escogió el caso para su revisión, con fundamento en lo novedoso del asunto y también para unificar la jurisprudencia.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Colombia confirmó las sentencias de primera y de segunda instancia y denegó las pretensiones de la acción de tutela.

Asimismo, advirtió a Coomeva E. P. S., al Grupo Operador Clínico Hospitalario por Outsourcing S. A. S. y a la Clínica Los Rosales que, en lo sucesivo, cuando les fuera formulada una solicitud para garantizar el derecho a morir dignamente de algún paciente, actuaran con estricta sujeción a los parámetros de la Resolución 1216/2015 y evitaran conductas y omisiones que desatendieran los principios de celeridad, oportunidad y coordinación contemplados en la norma.

También reiteró al Ministerio de Salud y Protección Social lo dispuesto en la sentencia T-721/17 para que, en el ámbito del derecho a morir con dignidad, reglamentara las condiciones de viabilidad del consentimiento sustituto en dos supuestos: cuando el paciente sea incapaz o no pueda manifestar su voluntad, y cuando no exista un documento formal de voluntad anticipada. Para ello, encomendó a la Procuraduría General de la Nación trabajar para que se cumpliera esta decisión. Finalmente, exhortó al Congreso de la República a regular el derecho fundamental a morir dignamente, de acuerdo con las pautas y los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional (al respecto, ver las sentencias C-239/97, T-970/14, T-423/17, T-544/2017 y T-721/2017).

1. La Corte, en primer lugar, analizó la procedencia de la acción de tutela. Respecto a la legitimación activa, advirtió que Vélez Calle había actuado en nombre de su madre, que no podía defender sus intereses por sí misma. De igual forma, cuando promovió la acción de tutela, Vélez Calle expuso su calidad de agente oficiosa, justamente, por la imposibilidad de su madre de expresar su voluntad. Por lo tanto, se acreditó la legitimación activa, dado que la acción estaba dirigida a salvaguardar las garantías constitucionales de su madre que, además, era un sujeto de especial protección constitucional. El requisito de legitimación pasiva también fue acreditado, ya que a las entidades demandadas —Cooameva E. P. S., el Grupo Operador Clínico Hospitalario por Outsourcing S. A. S. y la Clínica Los Rosales— se les endilgó la conducta vulneradora, y son también las encargadas de responder a la pretensión de la accionante.

Además, se acreditó el requisito de inmediatez, dado que, entre la última respuesta obtenida por la peticionaria y la interposición de la acción de tutela, transcurrieron apenas trece días. Por lo tanto, Vélez Calle obró con diligencia, ya que acudió ante el juez constitucional dentro de un lapso razonable. Finalmente, respecto del requisito de subsidiariedad, la Corte recordó que, a partir de su precedente T-970/14, cada vez que se presenten dificultades fácticas en relación con llevar a cabo el derecho a morir dignamente, la acción de tutela será el mecanismo principal y adecuado para tramitar la solicitud. Igualmente, se admitió la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial idóneo y eficaz para ventilar el derecho a morir dignamente de una persona de tercera edad aquejada por diferentes enfermedades (T-322/17).

2. Para resolver el fondo de la controversia —si el derecho fundamental a morir dignamente invocado en favor de Calle de Vélez había sido vulnerado por las demandadas—, la Corte efectuó un análisis pormenorizado de su jurisprudencia acerca del derecho a morir dignamente y de la normativa que reglamenta esta garantía en Colombia.

3. A partir de los precedentes C-239/97 y T-970/14, los presupuestos para garantizar el derecho a morir dignamente a través del procedimiento de eutanasia realizado por un médico son el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores y el consentimiento libre, informado e inequívoco del paciente. La Corte advirtió que en caso de consentimiento sustituto, como en este asunto, el análisis respecto de los demás requisitos debía ser aún más estricto y riguroso (ver, al respecto, T-970/14).

4. En el momento de la sentencia, Calle de Vélez no padecía una enfermedad terminal, recibía alimentación sin inconvenientes, tenía un adecuado control del dolor y presentaba estabilidad clínica, a pesar de las varias y complejas patologías que la aquejaban. Coomeva E. P. S. le suministraba periódicamente insumos y medicamentos. Dado que era una paciente crónica, recibía controles constantes de medicina general, nutrición, terapia física, terapia respiratoria y fonoaudiología, y permanecía bajo el cuidado y la vigilancia de los cuidadores del hogar geriátrico donde residía. Este tratamiento se llevaba a cabo en los términos de lo dispuesto por la Ley 1433/2014, que contempla servicios de cuidados paliativos para el manejo integral

de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.

En Colombia, el procedimiento eutanásico es admisible cuando se trata de enfermos terminales. El precedente T-970/14 fijó los lineamientos para la reglamentación del derecho a una muerte digna, y señaló que se debía contar con la opinión de un médico especialista que definiera el padecimiento. Recién entonces sería posible determinar si la patología producía dolores intensos y si existía consentimiento libre, informado e inequívoco por parte del enfermo. Estas condiciones fueron reiteradas y complementadas en sentencias posteriores. En T-322/17, se estableció la diferencia entre caso dramático —relativo a la vulnerabilidad a la que estaba expuesto un adulto mayor— y caso trágico —vinculado al padecimiento de una enfermedad terminal—, a fin de disponer las medidas que satisfagan mejor los derechos fundamentales del afectado. Por ello, la Corte entendió que Calle de Vélez se encontraba en una situación dramática, dada la vulnerabilidad que presentaba frente a sus variadas dolencias y al deterioro asociado a su edad. Sin embargo, no se trataba de un caso trágico, vale decir, de una enfermedad que debiera ser diagnosticada como terminal.

La eutanasia es una de las dimensiones del derecho a morir dignamente, pero no la única. En este caso, la forma de garantizar el derecho a morir dignamente a Calle de Vélez no requería necesariamente precipitar su muerte, sino aliviar su sufrimiento y garantizarle un cuidado óptimo e integral, el mayor grado de bienestar y las mejores condiciones de vida posibles. Por lo tanto, la Corte concluyó que no estaban dadas las condiciones para llevar a cabo el procedimiento eutanásico y confirmó las sentencias de primera y de segunda instancia.

**5.** La Corte señaló que solo después de interponerse la acción de tutela se había determinado que Calle de Vélez no tenía una enfermedad terminal, circunstancia que era requisito para que procediera (Resolución 1215/16, art. 16).

La Resolución 1216/15 dispone que, una vez presentada la solicitud de hacer efectivo el derecho a morir dignamente, si la I. P. S. no tiene habilitados los servicios especiales de hospitalización de mediana y alta complejidad, atención en oncología y para el paciente crónico y cuidados paliativos, está obligada a informar de inmediato a la E. P. S. del paciente para coordinar todo lo necesario.

En este caso, la Corte advirtió que I. P. S. Clínica Los Rosales había incumplido su obligación de reportar el caso y mantener comunicación permanente con la E. P. S. Por su parte, Coomeva E. P. S. y el Operador Clínico no fueron diligentes en su cometido. Al margen de que correspondía denegar el pedido porque Calle de Vélez no tenía una enfermedad terminal, la respuesta de las accionadas debió ser adecuada, coordinada y oportuna, sobre todo por la especial vulnerabilidad de la paciente. Por ello, la Corte las exhortó para que, en adelante, actuaran con estricta sujeción a los parámetros de la citada resolución y evitaran conductas y omisiones que desatiendan los principios de celeridad, oportunidad y coordinación.

**6.** Por otra parte, la Corte advirtió que, en caso de que el paciente estuviera legalmente incapacitado, no pudiera manifestar su voluntad y no existiera un documento formal de voluntad anticipada, la falta de regulación sobre las condiciones

para la viabilidad del consentimiento sustituto podía generar inconvenientes en la garantía del derecho a morir dignamente.

Dada la ausencia de normas legales, el Ministerio de Salud y Protección Social ha ido emitiendo disposiciones acordes con los pronunciamientos de la Corte sobre el derecho fundamental a morir dignamente. Así lo hizo a partir de las sentencias T-970/14 (resoluciones 1216/15 y 4006/16) y T-544/17 (Resolución 825/18). No ocurrió lo mismo con la sentencia T-721/17, en relación con regular los supuestos del consentimiento sustituto. La falta de regulación en esa materia puede ocasionar trabas y exigencias injustificadas y desproporcionadas en este particular contexto que son incompatibles con la dignidad de los enfermos terminales y sus familias.

Por ello, la Corte reiteró la orden al Ministerio de Salud y Protección Social para que reglamentara las condiciones de viabilidad del consentimiento sustituto para los supuestos mencionados. Además, reiteró el exhorto al Congreso de la República para que regulara el derecho fundamental a morir dignamente, de acuerdo con los criterios y las pautas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Novena de Revisión**, acción de tutela formulada por Carmen Diana Vélez Calle, como agente oficiosa de María Liria Calle viuda de Vélez, contra Coomeva E. P. S., el Grupo Operador Clínico Hospitalario por Outsourcing S. A. S. y la Clínica Los Rosales, sentencia T-060/20, del 18-2-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-060-20.htm>.




---

**Derecho administrativo. Arbitrariedad manifiesta en las decisiones de gobierno. Derecho al debido proceso. Responsabilidad de los organismos o agencias estatales en los actos de gobierno. Derechos de los inmigrantes (llamados “dreamers”). (Estados Unidos).**

**Antecedentes del caso:** en 2012 el Departamento de Seguridad Nacional (DHS, por sus siglas en inglés) anunció la creación de un programa de protección para inmigrantes conocido como “Acción Diferida para los Llegados en la Infancia” (DACA, por sus siglas en inglés). El programa permite a determinados extranjeros que se encuentran indocumentados que llegaron al país cuando eran niños solicitar un permiso de residencia por el término de dos años. Aquellas personas a las que se les haya otorgado el permiso podrán obtener una autorización laboral y acceder a otros beneficios federales. Unos 700 000 extranjeros fueron beneficiados con esta medida.

En 2014 el DHS extendió el alcance del DACA a padres extranjeros, para lo que creó el programa Acción Diferida para Padres de Americanos y de Residentes Permanentes Legales (DAPA, por sus siglas en inglés). Si ese programa se hubiera implementado, unos 4,3 millones de padres de ciudadanos estadounidenses o de

residentes permanentes habrían aspirado a obtener el mismo permiso de residencia, y así acceder a la autorización laboral y a otros beneficios de los que gozan los titulares del DACA. El estado de Texas, junto con otros veinticinco estados, lograron que se dictara una medida cautelar que prohibía en todo el ámbito nacional, la implementación tanto de la ampliación del DACA como del DAPA. La Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito V confirmó la decisión y entendió que el programa violaba la Ley de Inmigración y Nacionalidad (INA, por sus siglas en inglés), que establece cuidadosamente los requisitos que deben cumplirse para acceder a ciertos beneficios. La Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia en un fallo dividido y el litigio continuó en un tribunal de primera instancia.

En junio de 2017, luego del cambio presidencial, el DHS puso fin al programa DAPA y se basó, entre otras razones, en el proceso judicial que se encontraba en trámite y en las nuevas prioridades políticas del Gobierno. En septiembre de ese año, el fiscal general informó a la secretaria interina de Seguridad Nacional, Elaine C. Duke, que el programa DACA presentaba los mismos defectos legales que el DAPA y que, por tanto, debía ser dejado sin efecto. Al día siguiente, Duke, sobre la base de esa información y de las sentencias dictadas por la cámara del circuito V y por la Corte Suprema, decidió poner fin al programa. La funcionaria explicó que el DHS ya no aceptaría nuevas solicitudes, pero que los titulares del DACA en ese momento, cuyos beneficios expirarían dentro de los siguientes seis meses, podían solicitar su renovación por el término de dos años. Respecto de los permisos otorgados previamente a todos los demás beneficiarios del DACA, caducarían en el plazo establecido, sin posibilidad de ser renovados.

Diversos grupos de accionantes impugnaron la decisión de Duke de finalizar con el programa DACA. Argumentaron que la resolución fue arbitraria y caprichosa, en violación de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA, por sus siglas en inglés), y que vulneró la garantía constitucional de protección igualitaria contenida en la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda. Los tribunales de California (*Regents*, n.º 18 587), de Nueva York (*Batalla Vidal*, n.º 18 589) y del Distrito de Columbia (*NAACP*, n.º 18 588) dictaron sentencia a favor de los accionantes. Cada tribunal rechazó los argumentos del Estado de que las demandas no podían ser sometidas a revisión judicial según la Ley de Procedimiento Administrativo y de que la Ley de Inmigración y Nacionalidad no les confería jurisdicción a los tribunales para entender en estas cuestiones. En los precedentes *Regents* y *Batalla Vidal*, los tribunales de primera instancia consideraron que las demandas sobre protección igualitaria fueron argumentadas correctamente y dictaminaron medidas cautelares de aplicación en todo el ámbito nacional en base a la verosimilitud del derecho de los demandantes de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo. En *NAACP*, el tribunal de primera instancia tuvo un enfoque diferente y difirió su decisión sobre la violación a la garantía de protección igualitaria, concedió el proceso sumario a los accionantes sobre su pretensión según la Ley de Procedimiento Administrativo, y encontró que la justificación para finalizar con el programa era insuficiente. Posteriormente, el tribunal suspendió la medida durante noventa días para permitir que el DHS emitiera un nuevo memorando acerca de la finalización del DACA, esta vez con una fundamentación completa y acabada en relación con

la ilegalidad del programa. Dos meses más tarde, la sucesora en el cargo de Duke, Kirstjen M. Nielsen, respondió al requerimiento del tribunal. La funcionaria se rehusó a modificar o retrotraer la medida de Duke de finalizar el programa DACA y, en cambio, explicó por qué pensaba que la decisión tomada por su predecesora era consistente. Además de reiterar la conclusión sobre la ilegalidad del DACA, Nielsen ofreció nuevas justificaciones sobre la culminación del programa. Entonces, el Estado presentó un pedido de reconsideración a la luz de este nuevo argumento, pero el tribunal entendió que no surgieron razones de ilegalidad significativas del fundamento esgrimido.

El Estado apeló las sentencias de los tribunales de primera instancia ante las cámaras de los circuitos II, IX y D. C., respectivamente. Mientras esas apelaciones estaban en curso, el Estado interpuso tres *writ of certiorari* antes del fallo. La Corte Suprema de Justicia concedió el pedido de *certiorari* según los lineamientos de la confirmación de la cámara del circuito IX en el caso *Regents*.

**Sentencia:** la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos declaró que la decisión del Departamento de Seguridad Nacional de poner fin al programa DACA era susceptible de ser revisada en virtud de la Ley de Procedimiento Administrativo y que estaba dentro del marco jurisdiccional del tribunal. Concluyó que la medida del DHS de finalizar con el programa había sido arbitraria y caprichosa, conforme lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

1. La “presunción básica de revisión judicial”, establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo de la acción de un organismo o agencia estatal (ver *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U. S. 136, p. 140 —1967—), puede ser cuestionada cuando se demuestre que “el accionar de la agencia es realizado con la discrecionalidad que le fue conferida por ley” (ver art. 701.a.2 del Título 5 del Código de los Estados Unidos). En el caso *Heckler v. Chaney*, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que esta excepción limitada incluía la decisión de un organismo de no instruir una medida de ejecución (ver 470 U.S. 821, p. 831-832). El Estado afirma que el DACA forma parte de una política general no obligatoria equivalente a la decisión individual no obligatoria en el caso *Chaney*. Empero, el memorando de DACA no solo rechazó iniciar procedimientos de ejecución, sino que creó un programa para llevar ayuda concreta a los inmigrantes. Por lo tanto, a diferencia de la decisión no obligatoria en *Chaney*, la creación del DACA y su posterior extinción implican una “acción que proporciona un enfoque para la revisión judicial” (ver *id.*, p. 832). Asimismo, en virtud de recibir la acción diferida, 700 000 beneficiarios del DACA pueden solicitar autorización laboral y son elegibles para la obtención del seguro social y Medicare. El acceso a tales beneficios debe ser protegido por los tribunales. La finalización del programa DACA es, por tanto, una decisión que está sujeta a revisión judicial según la Ley de Procedimiento Administrativo.

Las dos disposiciones jurisdiccionales de la Ley de Inmigración y Nacionalidad invocadas por el Estado no son aplicables. El art. 1252.b.9 del Título 8 del Código de los Estados Unidos, que prohíbe la revisión de las demandas derivadas de las “acciones” o “procedimientos para deportar a un extranjero”, no es aplicable cuando —como

en el presente caso— las partes no objetan ningún procedimiento de remoción. Y la finalización del programa no acarrea una decisión de “iniciar procedimientos, juzgar casos o ejecutar órdenes de expulsión” dentro del significado del art. 1252.g.

2. La decisión del DHS de poner fin al programa DACA fue arbitraria y caprichosa, conforme lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Al evaluar la decisión de finalización del programa, el Estado instó a la Corte Suprema a que considerara no solo la explicación contemporánea ofrecida por la secretaria Duke, sino también las razones adicionales brindadas por la secretaria Nielsen nueve meses más tarde. Sin embargo, la revisión judicial del accionar de la agencia se limitaba a “los motivos invocados por el organismo cuando tomó la decisión” (ver *Michigan v. EPA*, 576 U.S. 743, p. 758 —2015—). Si esos argumentos eran insuficientes, el tribunal podía devolverlos a la agencia a fin de que efectuara “una explicación más acabada de su razonamiento al momento de accionar” (ver *Pension Benefit Guaranty Corporation v. LTV Corp.*, 496 U.S. 633, p. 654 —1990—), o para que “abordara el problema nuevamente” y tomara medidas diferentes (ver *SEC v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194, p. 201 —1947—). La secretaria Nielsen decidió no tomar nuevas medidas y se limitó a profundizar las razones originales de la agencia. Pero su razonamiento guardaba poca relación con el de su predecesora y consistía principalmente en una “racionalización *post hoc*” inadmisibles (ver *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, p. 420 —1971—). La norma que exige una nueva decisión antes de considerar otras razones no implica simplemente una formalidad. En cambio, pondera los pilares del derecho administrativo al promover la rendición de cuentas del organismo al público, infunde confianza en que las razones esgrimidas no sean solamente convenientes a las posiciones dentro del litigio, y facilita la revisión ordenada. Cada uno de estos valores se vería notablemente socavado si la Corte Suprema permitiera que el DHS se basara en los motivos ofrecidos nueve meses después de la extinción del programa y luego de que tres tribunales distintos hayan encontrado deficiencias en la justificación original.

El memorando de finalización emitido por la secretaria Duke no consideró aspectos relevantes del problema ante la agencia. A pesar de que Duke se encontraba compelida por el dictamen del fiscal general de que el programa DACA era ilegal (ver art. 1103.a.1 del Título 8 del Código de los Estados Unidos), escoger la manera más apropiada de abordar esa determinación que implicaba decisiones políticas relevantes que estaban reservadas al DHS. La funcionaria ejerció claramente esa autoridad discrecional al culminar el programa, pero no apreció la dimensión completa de su discrecionalidad. El fiscal general concluyó que los defectos legales del DACA reflejaban los defectos que los tribunales habían encontrado en el programa DAPA. La Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito V, la instancia superior para ofrecer una opinión razonada sobre la legalidad del DAPA, consideró que el DAPA violaba la Ley de Inmigración y Nacionalidad, ya que había extendido la posibilidad de acceder a los beneficios a una clase de personas extranjeras que no se encontraba autorizada. No obstante, la característica que define al DAPA (y al DACA) es la decisión del DHS de aplazar las deportaciones, y la cámara del circuito V hizo una meticulosa distinción entre ese componente de tolerancia y los requisitos de selección

para el acceso a los beneficios relacionados. La eliminación de la elegibilidad para el acceso a los beneficios mientras continuara el diferimiento de las expulsiones se mantuvo, de ese modo, dentro de la discrecionalidad de Duke. Sin embargo, en lugar de abordar la tolerancia en su decisión, Duke consideró que la conclusión del fiscal general sobre la ilegalidad de los beneficios era suficiente para poner fin tanto al acceso a los beneficios como al diferimiento de las expulsiones, sin dar más explicaciones. Ese razonamiento conduce a cometer el mismo error que en el caso *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm*: considerar que un razonamiento aplicado solo a una parte de la política es suficiente para terminar con toda una política (ver 463 U.S. 29, p. 51). Mientras el DHS no estaba obligado a “considerar todas las alternativas de la política”, la acción diferida se hallaba “dentro del ámbito de la política actual” (ver *ibid*); de hecho, fue la pieza central de la política. Al no poder evaluar la posibilidad de mantener la medida de acción diferida, Duke “no logró cumplir con el requerimiento” de efectuar un análisis razonado (ver *id.*, p.57).

Según la Corte Suprema, esa sola omisión tornaría la decisión de Duke en arbitraria y caprichosa, pero no fue el único defecto. La secretaria tampoco pudo determinar si hubo “confianza legítima” en el memorando del DACA (ver *Smiley v. Citibank (South Dakota), N. A.*, 517 U.S. 735, p. 742 —1996—). Ciertas características de la política del programa pueden afectar la solidez de intereses genuinos, pero tales rasgos están presentes con el objetivo de que la agencia los considere en primer lugar. El DHS posee cierta flexibilidad para tratar intereses genuinos y podría haber examinado varios acuerdos. Si bien no se le exigió a la agencia que buscara esta adecuación, sí estaba obligada a evaluar la existencia y solidez de un interés genuino y sopesarlo con los intereses políticos en pugna. Omitir realizar esa evaluación fue arbitrario y caprichoso.

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS,** *Department of Homeland Security Et Al. v. Regents of the University of California Et Al.*, decidido el 18-6-20, en [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-587\\_5ifl.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-587_5ifl.pdf).



## **Derecho al debido proceso. Principio *ne bis in idem*. Principio de proporcionalidad. (Chile).**

**Antecedentes del caso:** el Juzgado de Policía Local de Colina dispuso cancelar la licencia de conducir (conforme el art. 208, inc. 2, de la Ley de Tránsito n.º 18 290)

de Carlos Esteban Pizarro Gómez en un proceso de acumulación de infracciones de tránsito. Lo consideró responsable de haber cometido tres infracciones gravísimas en los últimos doce meses.

Pizarro Gómez apeló la sentencia con éxito y el expediente fue elevado a la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque luego el Tribunal Constitucional suspendió el proceso.

Pizarro Gómez sostuvo que el juzgado había considerado infracciones anteriores que implicaban sanciones que ya había cumplido y que ya había pagado, por lo que la pretensión punitiva del Estado estaba satisfecha. Dada esa circunstancia, entendió que había sido sancionado dos veces por los mismos hechos y que se había vulnerado el principio de *ne bis in idem*. Por ello, solicitó al Tribunal Constitucional que declarase inaplicable la normativa por inconstitucional.

**Sentencia:** el Tribunal Constitucional de Chile declaró inaplicable por inconstitucional el art. 209 de la Ley 18 290 de Tránsito (que actualmente corresponde al art. 208, inc. 2, de su texto ordenado), ya que su aplicación transgredía los principios de *ne bis in idem* y de proporcionalidad en materia de sanciones o penas.

1. La aplicación del precepto cuestionado conlleva que una persona pueda sufrir cuatro sanciones por tres conductas ilícitas. Si comete tres infracciones gravísimas será sancionado por cada una de ellas pero, después, sin una nueva conducta reprochable y por el solo hecho de que las infracciones fueron cometidas dentro de los últimos doce meses, debe imponerse una cuarta sanción, la cancelación de su licencia de conducir.

2. El principio *ne bis in idem* deriva de la dignidad de la persona humana, está contemplado en el art. 19 de la Constitución de Chile y es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. La prohibición del múltiple juzgamiento se sustenta en principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emana de la dignidad personal y del respeto por los derechos humanos esenciales. La transgresión de este principio constituye un atropello a las bases de la institucionalidad y a la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos.

Asimismo, la doble condena por un mismo hecho vulnera el principio de tipicidad, pues no hay una nueva conducta que dé lugar a una misma consecuencia punitiva. Además, presume *de iure* la responsabilidad penal, ya que impide al infractor probar su inocencia por la inexistencia de la conducta sancionada. Finalmente, no respeta la proporcionalidad de las penas, pues no existe un equilibrio justo entre conducta y sanción.

3. El Tribunal Constitucional advirtió que existieron tres hechos que merecieron sanciones. Esos mismos hechos que originaron las sanciones ya purgadas son parte indispensable de una nueva sanción. Los tres hechos fueron valorados como circunstancia agravante de responsabilidad por una infracción similar y, además, sirvieron de elemento esencial para una nueva sanción.

Las dos sanciones, la suspensión de la licencia de conducir y la cancelación, no difieren en cuanto a la función que cumplen (retributiva) y al efecto que generan

(disuasorio o de incapacitación), y ambos casos resguardan el mismo bien jurídico (el interés colectivo). Por tanto, hay dos sanciones sucesivas en el tiempo respecto de un mismo acto reprochable, lo que evidencia la doble valoración de un hecho ya sancionado. Además, en el caso el Tribunal Constitucional consideró que existía identidad subjetiva, identidad fáctica e identidad de fundamento.

El avance tecnológico proporciona al juzgador toda la información centralizada relativa a las infracciones previas del infractor, por lo que la reincidencia puede ser una circunstancia agravante que justifique la sanción.

4. La proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en ejercicio de los derechos. La pena es concebida como una retribución jurídica (al responsable de un delito se le asigna un castigo) y está reglada por principios jurídicos universales, como los de intervención mínima, prohibición de la arbitrariedad y proporcionalidad.

En el caso, no se respetó el principio de proporcionalidad, ya que a las tres penas de suspensión impuestas se adicionó la pena de cancelación de la licencia de conducir, sin considerar si las conductas en que incurrió anteriormente el infractor o sus antecedentes revelaban una especial peligrosidad que justificara la decisión. No hubo una nueva conducta que motivara la nueva sanción, que se basó en eventos ya castigados.

5. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto, ya que la aplicación del precepto cuestionado transgredía el principio *ne bis in idem* y el principio de proporcionalidad en materia de sanciones o penas.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Sala 2ª**, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Carlos Esteban Pizarro Gómez respecto del art. 209, actual art. 208, inc. 2, de la Ley 18 290, en los autos sobre acumulación de infracciones de tránsito, Rol 13.390-2018-21, del Juzgado de Policía Local de Colina, en actual recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 5932/19, sentencia del 24-9-2019, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expedientes?rol=5932>.




---

**Derecho de asilo. Demostración de temor real de ser perseguido como posibilidad para establecer la elegibilidad para obtener el asilo. Procedimiento de deportación abreviado. Deportaciones inmediatas. Revisión de las decisiones administrativas y ejecutivas. Alcance. Límites. Interpretación. (Estados Unidos).**

**Antecedentes del caso:** la Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y de Responsabilidad de los Inmigrantes (IIRIRA, por sus siglas en inglés) establece

el procedimiento de deportación abreviado de los solicitantes de admisión en los Estados Unidos, ya sea que ingresen por un puerto determinado o por cualquier otro lugar (ver art. 1225.a.1 del Título 8 del Código de los Estados Unidos). El solicitante puede evitar su inminente deportación si demuestra ante un oficial de asilo la existencia de un “temor real de ser perseguido”, definido como “una posibilidad significativa (...) de que un extranjero pueda establecer la elegibilidad para obtener el asilo” (ver art. 1225.b.1.B.v)”. El solicitante que consiga probar este requerimiento tiene derecho a que su pedido de asilo sea “considerado de manera integral” en una audiencia de deportación ordinaria (ver art. 8 del Código de Regulaciones Federales 208.30.f). La denegación de un pedido de asilo por temor real de persecución que un oficial efectúa está sujeta a la revisión por parte de un oficial supervisor y, posteriormente, esa decisión puede ser apelada ante el juez de inmigración (ver arts. 208.30.e.8, 1003.42.c.d.1). Sin embargo, la ley IIRIRA limita la revisión que un tribunal federal pueda realizar sobre un pedido de *habeas corpus* (ver art. 1252.e.2 del Título 8 del Código de los Estados Unidos). En particular, los tribunales no están facultados para revisar la decisión que determina que un solicitante de asilo carece de un temor real de persecución (ver art. 1252.a.2.A.iii).

Vijayakumar Thuraissigiam es un ciudadano de Sri Lanka que fue detenido solo 22 metros después de cruzar la frontera sur sin pasar un control ni poseer documentación de ingreso. Fue detenido para afrontar un procedimiento abreviado de deportación. Un oficial de asilo rechazó su pedido de admisión por sufrir un temor real de persecución, un oficial supervisor convalidó esa denegación y un juez de inmigración la confirmó. Entonces, Thuraissigiam presentó un pedido de *habeas* federal, afirmó por primera vez la existencia de un temor real de persecución basado en su pertenencia a la etnia tamil y en su ideología política y solicitó una nueva oportunidad para lograr el asilo. El Tribunal de Primera Instancia desestimó la pretensión. Sin embargo, Thuraissigiam apeló y la Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito IX revocó la sentencia de primera instancia. La cámara sostuvo que la aplicación a este caso del art. 1252.e.2 había violado la Cláusula de Suspensión y la Cláusula de Debido de Proceso.

Finalmente, el Departamento de Seguridad Nacional presentó, ante la Corte Suprema de Estados Unidos, un *writ of certiorari* contra la sentencia de la cámara que había beneficiado a Thuraissigiam.

**Sentencia:** la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que la aplicación del art. 1252.e.2 en este caso no violaba ni la Cláusula de Suspensión ni la Cláusula de Debido Proceso. Revocó la sentencia y devolvió las actuaciones.

1. La Cláusula de Suspensión establece que “el privilegio del pedido de *habeas corpus* no será suspendido, salvo cuando, en casos de rebelión o invasión la seguridad pública así lo requiera” (ver art. I, 9, cl. 2). La Corte Suprema ha sostenido que, como mínimo, la cláusula “protege el pedido tal como existía en 1789”, cuando se sancionó la Constitución (ver *INS v. St. Cyr*, 533 U. S. 289, p. 301 —2001—). Tradicionalmente, el pedido de *habeas* ha proporcionado una herramienta para lograr la liberación de una persona que fue detenida de manera ilegal. El demandado

en este caso, Vijayakumar Thuraissigiam, no pretendía su liberación, sino una nueva oportunidad para obtener el asilo. Por lo tanto, su petición estaba fuera del alcance del pedido de *habeas* tal como existía al momento de adoptarse la Constitución.

Thuraissigiam sostuvo que distintos precedentes de jurisprudencia respaldaban su argumento de que la Cláusula de Suspensión garantiza un derecho al *habeas corpus* más amplio, pero la Corte Suprema consideró que no era así.

El demandado señaló, en primer lugar, los casos británicos y estadounidenses decididos con anterioridad o al tiempo de la sanción de la Constitución. Todo lo que esos casos demuestran es que el *habeas* fue utilizado para lograr la liberación en detenciones efectuadas en diversas circunstancias. Thuraissigiam afirmó que, en algunos casos, se había demostrado que los extranjeros utilizaron el pedido de *habeas* con el objetivo de permanecer en el país. Pero la medida ordenada en aquellos casos fue simplemente la liberación mientras que la autorización a un solicitante extranjero para permanecer en el país se debió a la ley de inmigración o a la falta de ella. La medida que un tribunal de *habeas* pueda ordenar y las consecuencias colaterales que produzca son dos cuestiones completamente diferentes.

Aunque el demandado adujo que su pretensión se basaba en el pedido tal como había existido en 1789, su argumento se centraba en las decisiones que la Corte Suprema había dictado durante la “era de la decisión final”, la cual toma su nombre de una característica de la Ley de Inmigración de 1891 que hacía que ciertas decisiones en materia de inmigración sean “finales”. En el caso *Nishimura Ekiu v. United States*, de 1892, la Corte interpretó que la ley excluía la revisión judicial solo de las cuestiones de hecho. Los tribunales federales, por el contrario, conservan la potestad, según la Ley de *Habeas* de 1867, para determinar si un extranjero fue detenido por violar la ley federal. Por lo tanto, cuando los extranjeros presentaron un recurso de *habeas* durante la “era de la decisión final”, la Corte ejerció la jurisdicción de *habeas* que le fue conferida por la Ley de *Habeas*, pero no porque le fuera exigido por la Cláusula de Suspensión, a la que la Corte no mencionó.

Las decisiones más recientes de la Corte en *Boumediene v. Bush* (553 U. S. 723) y en *St. Cyr* (533 U. S. 289), tampoco respaldaron el argumento del demandado. El caso *Boumediene* no se relacionaba en lo más mínimo con la inmigración y en *St. Cyr* se confirmó que el recurso de *habeas* del *common law* proporcionaba un medio para la impugnación de una detención y podía ser invocado por los extranjeros que se encontraban detenidos a la espera de ser deportados. Estos casos no avalaban el intento del demandado de utilizar de manera muy diferente el pedido de *habeas*.

2. La aplicación en este caso del art. 1252.e.2, no constituye una violación a la Cláusula del Debido Proceso. Más de un siglo de precedentes establece que para los extranjeros que solicitan el ingreso “las decisiones ejecutivas o administrativas de los funcionarios que actúan dentro del marco de las atribuciones expresamente conferidas por el Congreso forman parte del debido proceso” (ver *Nishimura Ekiu*, 142 U. S., p. 660). Thuraissigiam arguyó que esta norma no era aplicable a su caso porque él había logrado ingresar hasta 22 metros dentro del territorio estadounidense. Sin embargo, la disposición no tendría sentido si se tornara ineficaz tan pronto como

un extranjero pisase el suelo de los Estados Unidos. No puede esgrimirse que un extranjero que fue detenido poco después de ingresar ilegalmente al país tuvo una “entrada efectiva” (ver *Zadvydas v. Davis*, 533 U. S. 678, p. 693 —2001—). Por lo tanto, un extranjero en la posición del demandado tiene solo los derechos vinculados con la admisión que el Congreso ha determinado por ley. En el caso del demandado, el Congreso otorgó el derecho a la “determinación” si él tuviese “una posibilidad significativa” de “establecer su elegibilidad para obtener el asilo” y ese derecho le ha sido conferido (ver art. 1225.b.1.B.ii.v).

**Nota de la Oficina de Referencia Extranjera:** *writ of certiorari* consiste en una presentación directa a la Corte Suprema de los Estados Unidos para que requiera a un tribunal inferior el envío de una causa y examine si se violó algún derecho en el procedimiento o en la sentencia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS,** *Department of Homeland Security Et Al. v. Thuraissigiam*, sentencia del 25-6-20, en [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19-161\\_g314.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19-161_g314.pdf).




---

## **Derecho de familia. Adopción. Guarda preadoptiva. Parto secreto. Padre biológico. Interés superior del niño. (Francia).**

**Antecedentes del caso:** la Corte de Casación de Francia planteó una cuestión prioritaria de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional a fin de que determinara si los arts. 351.2 y 352.1 del Código Civil vulneraban los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

El art. 351.2 reza: “Cuando la filiación del menor no ha sido determinada, no podrá realizarse la guarda preadoptiva hasta que no haya transcurrido un plazo de dos meses desde la recepción del menor”. El art. 352.1 indica: “La guarda preadoptiva no admite la restitución del menor a su familia de origen y excluye toda declaración de filiación y todo reconocimiento”.

La Corte de Casación sostuvo que el recurrente había alegado que, en el caso de un menor nacido de parto secreto, las normas en cuestión vulneraban el derecho a tener una vida familiar normal. En efecto, puesto que la guarda del niño recién puede realizarse al haberse cumplido un plazo de dos meses a partir del momento en que el servicio de asistencia social a la infancia acoge al menor, el padre biológico —que ignora la fecha y el lugar de nacimiento del hijo— estaría imposibilitado de reconocerlo antes de su guarda preadoptiva y, por ello, de solicitar su restitución. Por otra parte, al oponerse al reconocimiento del niño a partir de su guarda preadoptiva, las normas privilegiarían la filiación adoptiva en detrimento de la biológica y desconocerían el interés superior del niño y el principio fundamental según el cual la filiación biológica prima sobre la adopción.

Por último, las normas vulnerarían el principio de igualdad ante la ley e instaurarían una diferencia de trato entre el padre biológico y los futuros adoptantes al impedir que el primero establezca su filiación después de la guarda preadoptiva y beneficiar a los adoptantes mediante la garantía del establecimiento de un vínculo de filiación.

**Sentencia:** el Consejo Constitucional de Francia declaró que las palabras “dos meses”, del art. 351.2 del Código Civil, y las palabras “y todo reconocimiento”, del 352.1 del mismo código, eran constitucionales.

En relación con la exigencia de protección del interés superior del niño y del derecho a tener una vida familiar normal, el Consejo Constitucional consideró que derivaba del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 que señala: “La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo. Garantiza a todos, sobre todo al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, protección de la salud, seguridad material, descanso y esparcimiento”.

Por otro lado, el art. 326 del Código Civil prevé que, en el momento del parto, la madre pueda solicitar que se preserve el secreto de su ingreso y su identidad. Asimismo, el art. 224.4 del Código de Acción Social y de Familia prevé que, cuando son acogidos por el servicio de asistencia social a la infancia, los menores cuya filiación no ha sido establecida o es desconocida, —entre los que se encuentran los menores nacidos de un parto secreto—, sean admitidos como pupilos del Estado. Según lo dispuesto en el art. L 224.6 del mismo código, durante el plazo de dos meses, el padre y la madre pueden reconocer al hijo y recuperarlo inmediatamente sin ninguna formalidad. Independientemente de ese plazo, la decisión de aceptar o rechazar la restitución de un pupilo del Estado le compete al tutor con el consentimiento del Consejo de Familia.

El Consejo Constitucional consideró que el legislador pretendió conciliar el interés de los padres de disponer de un plazo razonable para reconocer al hijo y obtener su recuperación, con el del niño sin filiación de que su adopción se produzca en un plazo tal que no comprometa su desarrollo. Por otro lado, el reconocimiento del niño podría obstaculizar el proceso de adopción. Al prohibir que el reconocimiento sea posterior a su puesta en guarda preadoptiva, el legislador pretendió garantizar al niño un entorno familiar estable.

El padre puede reconocer al hijo antes de su nacimiento y hasta el momento de su guarda preadoptiva. En el caso de un niño nacido de un parto secreto, el art. 62.1 del Código Civil prevé que, si la transcripción del reconocimiento paterno resulta imposible, el padre puede informar de ello al procurador de la República, quien debe buscar el acta de nacimiento del menor.

El Consejo Constitucional consideró que no correspondía sustituir la apreciación del legislador por la suya en relación con la conciliación que se debiera realizar, en función del interés superior del niño admitido por el servicio de ayuda social a la infancia, entre el derecho de los padres a tener una vida familiar normal y el objetivo de favorecer la adopción del niño, ya que la conciliación establecida por el legislador no resultaba manifiestamente desequilibrada.

En lo que respecta al principio de igualdad ante la ley, el Consejo Constitucional recordó que, si por regla general obligaba a un tratamiento igual a las personas que se encontraran en una misma situación, no significa que obligue a tratar de manera diferente a personas que se encuentran en situaciones diferentes.

Si, en el caso de un parto secreto, los padres se encuentran en una situación diferente en lo que respecta al reconocimiento del hijo, las normas impugnadas no establecen diferencias de trato entre ellos. Además, tampoco lo hacen entre los padres y los futuros adoptantes.

Por todas estas razones, las disposiciones impugnadas —que no vulneran otros derechos o libertades garantizados por la Constitución— deben ser declaradas constitucionales.

**CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA**, sentencia n.º 2019-826QPC del 7-2-2020, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisioin/2020/2019826QPC.htm>.




---

**Derecho de familia. Menores. Interés superior. Sustracción internacional. Retención del hijo menor en el extranjero. Derechos del niño. Responsabilidad parental. Suspensión. Pena accesoria. Automatismo en su aplicación. (Italia).**

**Antecedentes del caso:** en 2016, el Tribunal de Grosseto condenó a una mujer, A. F., a dos años y un mes de prisión y a la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, por eludir las medidas adoptadas por el Tribunal de Menores de Florencia en relación con la custodia compartida de sus dos hijos menores (arts. 81.2 y 388.2 del Código Penal) y por la sustracción y traslado de estos a Austria contra la voluntad del padre (arts. 81.2 y 574 bis del Código Penal).

En 2018, la Corte de Apelaciones de Florencia rechazó el recurso de apelación interpuesto por A. F., confirmó la sentencia de primera instancia y aumentó la condena a dos años y seis meses.

A. F. recurrió ante la Corte de Casación y planteó la inconstitucionalidad de los automatismos previstos en las disposiciones en relación con la aplicación de la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

La Corte de Casación, entonces, planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad de los arts. 34 y 574 bis del Código Penal (CP) — en relación con los arts. 2, 3, 27.3, 30 y 31 de la Constitución y de su art. 10 en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño—, en tanto establecen que, a la condena por sustracción y retención del hijo menor de edad en el exterior, le sigue, automáticamente y por un período predeterminado por la ley, la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 574 bis.3 del Código Penal, en cuanto, contraviniendo el interés superior del menor, prevé la suspensión automática del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor condenado por sustracción y retención del menor en el extranjero, en lugar de permitir que el juez dicte la suspensión.

La Corte Constitucional recordó que el principio según el cual, en todas las decisiones relativas a menores de edad tomadas por las autoridades públicas, — incluidos los tribunales— debía concederse importancia fundamental a la salvaguardia del interés superior del menor, había surgido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Niño. De allí derivó el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Asimismo, el art. 8 de la Convención establece que los Estados deben comprometerse a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. Por otro lado, el art. 9.3 indica que “los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

La Corte Constitucional observó que, mientras las disposiciones de suspensión de la responsabilidad parental previstas en los arts. 330 y 333 del Código Civil generalmente eran adoptadas por un juez especializado —el juez de menores—, la pena accesoria prevista en las disposiciones impugnadas debía ser dispuesta automáticamente por el juez penal, al que se le impedía examinar la correspondencia entre la suspensión de la responsabilidad parental y los intereses del menor. Resulta imposible, de esta manera, buscar un equilibrio entre los derechos del menor y las exigencias punitivas del Estado hacia sus progenitores.

En opinión de la Corte Constitucional, la aplicación automática de la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental resulta contraria al principio de proporcionalidad de la pena que establecen los arts. 3 y 27.3 de la Constitución. Además, la pena en cuestión es excesiva, especialmente cuando el reo esté motivado por el propósito de proteger al hijo de perjuicios ocasionados por el otro progenitor, y, por otra parte, no tiene ningún valor reeducativo. El art. 30 de la Constitución garantiza el derecho del menor a tener una relación directa y personal con ambos progenitores, excepto cuando se produzca un perjuicio a sus intereses.

La Corte Constitucional señaló la arbitrariedad del art. 574 bis del Código Penal con respecto a la suspensión automática de la responsabilidad parental del progenitor que sustrae al menor sin determinar la duración de la suspensión, mientras que su art. 34 establece que la pena accesoria no puede tener el doble de duración que la pena principal impuesta.

La Corte Constitucional sostuvo que el progenitor que sustraía y retenía a un menor en el extranjero cometía un delito de elevada gravedad, que ofendía tanto

el derecho del otro progenitor así como el derecho del propio menor a tener una relación con este último. La suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental comporta no solo la pérdida temporaria del poder de representación legal del hijo en el ámbito de las relaciones patrimoniales, sino también la privación, durante el transcurso de toda la suspensión, de los derechos, potestades y obligaciones inherentes al concepto legal de responsabilidad parental, con la consiguiente desaparición del poder para decidir “por” el hijo, incluso en lo que concierne a las necesidades de su vida cotidiana y que el art. 357 del Código Civil, al reglamentar las atribuciones del tutor, resume con la expresión “cuidado de la persona”.

La Corte Constitucional señaló que la falta de razonabilidad del automatismo previsto en la disposición impugnada, respecto de la exigencia primaria de la búsqueda de una solución óptima para los menores, resultaba agravada por la circunstancia de que la suspensión de la responsabilidad parental era implementada tras el dictado final de la condena del progenitor, que con frecuencia ocurría años después de la comisión del delito.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA**, sentencia n.º 102 del 29-5-2020, en [https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param\\_ecli=ECLI:IT:-COST:2020:102](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:-COST:2020:102).




---

**Derecho de la Unión Europea. Derecho a la educación. Educación religiosa. Exención. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Libertad individual. Derecho a la protección de datos personales. (Corte Europea de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** en 2011, el Ministerio de Educación, Investigación y Asuntos Religiosos de Grecia introdujo el programa Nueva Escuela y aplicó una serie de reformas curriculares. Con respecto a la enseñanza religiosa, propuso un enfoque más abierto y pluralista, a fin de reflejar la mayor diversidad religiosa que existe en el país tras el fenómeno de inmigración masiva. El programa, sin embargo, recién fue implementado formalmente en el año escolar 2017/2018 debido a la tensión política y social que había generado el potencial cambio de la educación religiosa en las escuelas, que incluía el estudio de las tradiciones cristianas en Europa, el judaísmo, el islam, el hinduismo, el budismo, el taoísmo y el confucianismo.

En 2015, una circular del ministerio estableció un procedimiento para la exención de las clases de educación religiosa destinado a los alumnos que no fueran cristianos ortodoxos, es decir, a los que pertenecieran a otras religiones o no tuvieran afiliación religiosa. La circular dispuso que el requisito para el otorgamiento de la exención fuera la presentación, en virtud de la Ley n.º 1599/1986, de una declaración jurada que expresara que el alumno no era cristiano ortodoxo y que

aducía objeción de conciencia, pero no se exigía que revelara su afiliación religiosa. El docente de educación religiosa debía firmar la declaración jurada y el director de la escuela verificar que se correspondiera con la documentación que se presentara (el acta de nacimiento, por ejemplo) y advertir a los padres sobre el carácter formal de la declaración jurada.

Un alumno de escuela primaria y otro de secundaria, residentes en las islas del Egeo Central, promovieron, junto con sus padres, una demanda ante la Suprema Corte Administrativa de Grecia para anular dos decisiones adoptadas por el ministerio en junio de 2017: el Programa de Educación Religiosa General y Vocacional para la Escuela Secundaria y el Programa de Educación Religiosa para la Escuela Primaria y Media. Adujeron que los programas no estaban orientados a una enseñanza objetiva, crítica y pluralista que hiciera innecesario el procedimiento de exención. Además, argumentaron que el procedimiento de exención era contrario a los arts. 8, 9 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y al art. 2 del Protocolo n.º 1 de la misma convención.

La Suprema Corte Administrativa desestimó la demanda porque consideró que carecía de importancia y fijó una audiencia que fue postergada en ocho oportunidades.

Entonces, los demandantes recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

**Sentencia:** la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que hubo una violación del art. 2 del Protocolo n.º 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Asimismo, dispuso que el Estado demandado debía pagar a los recurrentes €8000 en concepto de daño moral y €6566,52 en concepto de costas.

Los recurrentes adujeron que el curso de educación religiosa introducido por el ministerio en junio de 2017 era de carácter confesional, que promovía la “religión mayoritaria” y que su propósito no era brindar información y conocimiento a los alumnos, sino desarrollar un cierto tipo de “personalidad religiosa”, propiciar el dogma de los cristianos ortodoxos y pretender que los alumnos “creyeran bien”. En opinión de los demandantes, si el curso no hubiera sido de naturaleza confesional y catequética, el Estado habría abolido el procedimiento de exención, ya que las razones para la objeción de conciencia no habrían existido. Mantener ese procedimiento implicaba admitir que el curso constituía una injerencia del Estado en la formación de las creencias religiosas de los alumnos. Por otra parte, a fin de asegurar la obligatoriedad del curso, el Estado no solo exigía a los objetores de conciencia que se manifestaran como tales, sino también que declararan explícita y oficialmente que no eran cristianos ortodoxos.

Finalmente, los recurrentes sostuvieron que, después de firmar la declaración jurada, si su contenido era considerado falso, podían ser procesados penalmente. Asimismo, afirmaron que el hecho de que las declaraciones juradas quedaran archivadas en la escuela implicaba revelar creencias y datos personales sensibles, circunstancia que no se enmarcaba en el ámbito de las garantías sobre protección de datos personales de la Directiva 95/46/EC ni de la Ley n.º 2472/1997.

Por su parte, el Gobierno de Grecia sostuvo que, contrariamente a lo alegado por los recurrentes, no existían cuestiones de “proselitismo” o “adoctrinamiento” en los nuevos programas de educación religiosa, y que ellos nunca habían sido “estigmatizados”. Más aún, los demandantes vivían en el Egeo Central, una zona caracterizada por una actividad cultural notable y una gran afluencia de turistas y en la que convivían armoniosamente residentes de diferentes orígenes étnicos, culturales y religiosos.

Asimismo, el Gobierno consideró que, dado que el curso de educación religiosa no era optativo y que el Estado, de conformidad con la Constitución, debía promover la conciencia religiosa de los alumnos cristianos ortodoxos, la exención del curso se vinculaba necesariamente con una falta de afiliación religiosa. Por otra parte, precisamente porque era imposible e inaceptable para los órganos del Estado comprobar las convicciones religiosas de los alumnos, la declaración jurada equivalía a confirmar la existencia de verdaderas razones para la objeción de conciencia, de modo de evitar la presentación de falsas declaraciones que oculten propósitos ilegítimos, como, por ejemplo, reducir la cantidad de cursos en los que un alumno debe ser examinado y evaluado. El Gobierno enfatizó que los recurrentes no habían procurado obtener una exención porque lo que realmente intentaban era obtener un curso preparado y dictado a la medida de sus creencias. Además, remarcó que, tras la adopción de los nuevos programas, algunos padres cristianos ortodoxos habían presentado solicitudes de exención a los cursos de religión y manifestado, entre otras cosas, que los cursos y el modo en que eran impartidos no propiciaban la fe ortodoxa y que algunas partes de los programas eran totalmente ajenas a su credo.

La Corte Europea sostuvo que los padres son los primeros responsables de la educación y la enseñanza de sus hijos y que pueden, en el cumplimiento de esa tarea, exigir al Estado el respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas. En términos del art. 2 del Protocolo n.º 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, todas las personas tienen derecho a la educación y a la salvaguardia del pluralismo, elemento esencial para la preservación de una “sociedad democrática”. Ello implica que el Estado debe tener en cuenta que la información incluida en el plan curricular debe ser transmitida de manera objetiva, crítica y pluralista. El Estado no puede perseguir un objetivo de adoctrinamiento pasible de ser considerado irrespetuoso de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. En el art. 2, la palabra “respeto” implica que el Estado goza de un amplio margen de apreciación para determinar los pasos a seguir a fin de garantizar el cumplimiento de la convención, siempre que tenga en cuenta las necesidades y los recursos de la comunidad y de las personas. Sin embargo, esto no significa que los padres puedan exigir al Estado una forma particular de enseñanza.

En este caso, la Corte Europea reiteró que, cuando un Estado contratante incluye la instrucción religiosa en el plan curricular, es preciso evitar que los alumnos se enfrenten con un conflicto entre la educación religiosa impartida en la escuela y las convicciones religiosas o filosóficas de sus padres. En este sentido, la Corte notó que en Europa, pese a la variedad de orientaciones educativas

existentes, casi todos los Estados miembros ofrecen por lo menos una opción para que los alumnos no asistan a las clases de educación religiosa, como, por ejemplo, un mecanismo de exención, la asistencia a clases de una materia alternativa o el carácter optativo de los cursos.

La Corte Europea consideró que, en relación con el art. 2 del Protocolo n.º 1, lo importante era determinar si las condiciones exigidas por la circular de 2015 podían imponer una carga excesiva a los padres al exigirles revelar sus convicciones religiosas o filosóficas, a fin de que sus hijos estuvieran exentos de los cursos de educación religiosa. Asimismo, reiteró que las convicciones religiosas pertenecen a la esfera de la conciencia individual. Sin embargo, en este caso, los padres están obligados a presentar a la dirección de la escuela una declaración jurada, firmada por el docente, que indique que su hijo no es cristiano ortodoxo, y, por su parte, la dirección tiene la responsabilidad de controlar la documentación que se acompaña y de advertir a los padres sobre el carácter formal de la declaración jurada. Este acto implica verificar si la declaración contiene información falsa y corroborar que el certificado de nacimiento del alumno (donde se indica la religión de los padres y que debe ser presentado a las autoridades de la escuela) se corresponda con la declaración jurada.

En consecuencia, la Corte Europea estimó que el sistema de exención podía entrañar el riesgo de que se revelaran aspectos sensibles de la vida privada y que la posibilidad de un conflicto podía disuadir a los padres de presentar una solicitud de exención, especialmente si residían en una comunidad pequeña y compacta a nivel religioso, como en el caso de las islas del Egeo Central, donde el riesgo de estigmatización era más elevado que en las grandes ciudades. Por otra parte, si bien los recurrentes no estaban obligados a revelar sus convicciones religiosas, el hecho de exigirles la presentación de una declaración jurada implicaba forzarlos a adoptar un comportamiento del que se podía inferir la existencia de alguna creencia religiosa específica o su ausencia. En este sentido, la Corte Europea afirmó que la libertad para manifestar las propias creencias también contiene un aspecto negativo, es decir, el derecho de la persona a no dar a conocer su religión y a no estar obligada a actuar de una manera tal de la que se pueda inferir si tiene o no tales creencias. Las autoridades estatales no tienen derecho a intervenir en la esfera de la conciencia individual, ni a averiguar cuáles son las creencias religiosas de las personas, ni a obligarlas a revelarlas.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, *Papageorgiou and others v. Greece*, sentencia del 31-10-2019, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-197254>.



## **Derecho de la Unión Europea. Derecho a la vida privada y familiar. Violencia intrafamiliar. Menores. Régimen preadoptivo. (Corte Europea de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** en enero de 2012, el ciudadano sirio Wael Haddad, su esposa española y sus tres hijos menores se trasladaron de Siria a España a causa del conflicto armado. Un mes después, la mujer presentó una denuncia por maltrato contra el hombre, a quien se le inició un procedimiento penal por violencia de género.

El Juzgado de Violencia contra la Mujer de Coslada prohibió al hombre aproximarse y comunicarse con su esposa e hijos, confirió provisionalmente la guarda y custodia de los menores a la madre y privó al padre de la patria potestad. La mujer y los niños fueron enviados al centro de acogida de Móstoles y luego al de Alcalá de Henares. Sin embargo, la mujer regresó con su esposo en dos oportunidades. Por otro lado, Haddad fue detenido dos veces por incumplir la orden de alejamiento. Un tiempo después recobró la libertad. Durante la estancia en los centros de acogida, se elaboraron informes que señalaban graves deficiencias emocionales, educativas y de comportamiento de los niños en relación con su madre.

Meses después, la madre manifestó que no podía ocuparse de sus hijos y que se iría a Murcia con su hermano. En junio de 2012, la Comunidad de Madrid declaró a los tres menores en situación legal de desamparo, asumió la tutela y los niños fueron enviados a centros de acogida en Murcia. La Dirección de Política Social de la Región de Murcia inició un procedimiento de constitución de tutela y posterior acogimiento familiar de los menores para que pudiesen integrarse en una familia de acogida. Haddad no fue notificado de estas decisiones.

En febrero de 2013, a través de la Asociación Musulmana de España, Haddad expresó al Servicio de Protección de Menores de Murcia que no tenía información de sus hijos y pidió que, dado que estaba legalmente privado del derecho a comunicarse con ellos, se autorizara a que un miembro de la Asociación los viera. La solicitud fue denegada. El Servicio de Protección de Menores advirtió la falta de interés del padre por sus hijos y los intentos infructuosos de comunicarse con él en diversas ocasiones. También informó la incapacidad de la madre para hacerse cargo de los menores. En consecuencia, los dos mayores fueron asignados a centros de acogida, y se autorizó para la más pequeña su acogimiento familiar en régimen preadoptivo. En julio de 2013, la Dirección General de Asuntos Sociales de Murcia propuso el acogimiento preadoptivo provisional de la hija más pequeña, sin visitas por parte de su familia biológica. El 24 de septiembre de ese año, la niña fue entregada a su familia de acogida.

El 27 de septiembre de 2013, el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Madrid absolvió a Haddad de todos los cargos que se le imputaban y anuló las medidas que se habían adoptado. Tras comunicar la sentencia al Servicio de Protección de Menores, el hombre solicitó permiso para visitar a sus hijos. El pedido fue denegado hasta que los menores presentaran mayor estabilidad emocional, dado que mostraban “miedo y falta de confianza hacia la figura paterna” y se encontraban en tratamiento psicológico y farmacológico. Respecto de la más pequeña, indicó que se había adaptado a la

familia de acogida. En marzo de 2014, la Dirección General de Asuntos Sociales de Murcia finalizó el procedimiento administrativo y entregó los antecedentes del caso al fiscal encargado de la protección de los menores. En febrero de 2015, el juez de Primera Instancia n.º 3 de Murcia, autorizó la constitución del acogimiento de la hija de Haddad en régimen preadoptivo.

Los padres de la menor recurrieron la decisión. En febrero de 2016, la Audiencia Provincial de Murcia le otorgó al padre la custodia de sus dos hijos mayores y ratificó el acogimiento familiar en régimen preadoptivo de la más pequeña. Sostuvo que con esa medida garantizaba el interés superior de la menor y contribuía a su desarrollo integral.

Haddad interpuso una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue desestimada por ausencia de relevancia constitucional.

En febrero de 2017, Haddad interpuso una demanda contra el Reino de España ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Invocó el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y alegó la falta de medidas para restablecer la relación con su hija menor luego de ser absuelto de todos los cargos que se le imputaban, incluida la orden de alejamiento respecto de sus hijos.

**Sentencia:** la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que el derecho a que un padre viva con sus hijos era parte del derecho a la vida familiar del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Consideró que las medidas nacionales que lo impedirían suponían una injerencia en ese derecho.

No obstante, en casos de conflicto, las autoridades nacionales, que deben encontrar un equilibrio adecuado entre el derecho a la vida familiar y otros intereses concurrentes —vgr., el mantenimiento del orden público y el interés superior del menor—, gozan de un margen de apreciación.

**1.** Haddad acusó al Servicio de Protección de Menores por no haber adoptado medidas para facilitar el restablecimiento del contacto con su hija tras su absolución, ni haber suspendido las medidas provisionales de alejamiento y no comunicación.

**2.** En un caso como este, existen intereses difíciles de conciliar, como los del padre biológico y los de la familia de acogida. En la búsqueda de un equilibrio entre ambos, el juez debe hacer prevalecer el interés superior del menor.

**3.** La Corte observó que las autoridades administrativas habían concluido que era necesario proporcionar una acogida preadoptiva a la hija del demandante por una serie de razones: el grave maltrato físico y emocional que el padre supuestamente infligió a los hijos, la inestabilidad emocional y la limitada inteligencia de la madre, la falta de contacto entre Haddad y los niños durante más de un año, y la ausencia de vínculo con la hija menor. En ningún momento del procedimiento administrativo se había tenido en cuenta ni la absolución del demandante de todos los cargos en su contra, ni la anulación de las medidas de alejamiento que le impedían mantener contacto con sus hijos.

Durante el procedimiento judicial, Haddad pudo presentar alegaciones a su favor y fue representado por un abogado, al menos, desde noviembre de 2013. Por lo

tanto, la Corte no advirtió ningún incumplimiento formal por parte de los órganos jurisdiccionales. Reconoció que los tribunales españoles se habían comportado de buena fe para preservar el bienestar de la menor. Sin embargo, consideró que había habido cierta negligencia al examinar los informes elaborados por los distintos órganos administrativos.

4. En los casos relativos a la vida familiar, como este, la ruptura del contacto con un niño muy pequeño puede generar el deterioro de la relación con su progenitor.

Los informes demostraron que la hija más pequeña estaba integrada en su familia de acogida desde septiembre de 2013. El transcurso del tiempo convirtió en definitiva una situación que se suponía temporal, ya que la niña era pequeña cuando se estableció la situación legal de desamparo y se la puso bajo tutela.

5. No corresponde a la Corte Europea suplir la apreciación de las autoridades nacionales competentes en cuanto a las medidas que deberían haberse adoptado.

6. El art. 8 de la Convención implica el derecho del progenitor a disponer de medidas para reunirse con el hijo, y también la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas. Pero esa obligación no es absoluta. La reagrupación de un progenitor con sus hijos no es inmediata, ya que requiere una serie de preparativos. Las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible por facilitarla, de acuerdo con los intereses y derechos de los involucrados y, sobre todo, con el interés superior del menor. Desde luego, recurrir a la coacción debe ser una opción limitada a situaciones especiales.

En esos casos, la idoneidad de una medida se juzga por la rapidez de su aplicación. Por lo tanto, es decisivo que las autoridades nacionales hayan adoptado las medidas necesarias y apropiadas para, a petición del demandante, facilitar lo antes posible la devolución de la hija menor a fin de que pueda llevar una vida familiar normal con su padre y hermanos, en vez de ubicarla en una familia adoptiva.

7. Es comprensible que los tres hijos del demandante estuvieran bajo la supervisión de la administración, ya que su propia madre lo había solicitado. Sin embargo, tal decisión debería haber sido acompañada, en el menor plazo posible, de las medidas más apropiadas para evaluar en profundidad la situación de los menores y las relaciones con sus padres según el marco jurídico vigente.

Los menores fueron separados de su padre en contra de su voluntad, ya que el hombre fue procesado penalmente por violencia de género a raíz de la denuncia presentada por la madre. Aunque no permaneció en prisión, Haddad no pudo tener contacto con sus hijos durante el proceso penal. Esta situación era especialmente grave en relación con su hija, que solo tenía un año y medio cuando fue puesta bajo tutela.

En ningún momento del procedimiento administrativo se tuvo en cuenta la corta edad de la hija, la relación emocional previa existente entre la menor y sus padres, el tiempo transcurrido desde su separación, ni las consecuencias que tuvo para ellos tres y para la relación de la niña con sus hermanos. En cambio, se consideró que, en uno de los informes, se había mencionado el maltrato físico de los menores por parte del padre y el desequilibrio psicológico de la madre. Sin embargo, lo primero no pudo

ser probado y lo segundo, es insuficiente para demostrar una influencia negativa del demandante. Además, a Haddad se le concedió la custodia de sus dos hijos y él quiere recuperar la de su hija menor. Los tribunales no encontraron ni un déficit afectivo ni un estado de salud preocupante de los menores, que nuevamente viven con su padre. Tampoco se demostró que el demandante careciera de habilidades educativas y emocionales en relación con su hija menor, cuya tutela había sido ordenada a pedido de su madre, pero sin tener en cuenta las peticiones de Haddad.

8. La Corte consideró que las autoridades administrativas españolas deberían haber tomado medidas menos radicales que el acogimiento preadoptivo de la hija menor, sobre todo desde que se aclaró la situación penal del demandante. Además, observó que las dos instancias judiciales no habían tenido en cuenta lo alegado por Haddad para oponerse al acogimiento y se habían limitado a ratificar las decisiones de la administración. A su vez, advirtió que las autoridades administrativas habían reproducido de forma sucesiva sus resoluciones sin adoptar nuevas conclusiones ni evaluar, sobre la base de pruebas tangibles, la evolución de las circunstancias.

La Corte estimó que las autoridades competentes eran responsables de la interrupción del contacto entre el hombre y su hija, al menos desde la absolución de Haddad, y que habían incumplido su obligación de tomar medidas que permitieran al demandante contactarse de forma regular con la niña. La tutela de un menor es una medida temporal que debe suspenderse tan pronto como la situación lo permita, y cualquier acto de ejecución debe ser coherente con el objetivo final: reagrupar al padre biológico y al menor.

La Corte concluyó que las autoridades españolas no habían realizado los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante a vivir con su hija junto con sus hermanos, y habían ignorado de esta manera su derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado en el art. 8 de la Convención.

9. Respecto de la solicitud de restitución de la menor, la Corte estimó que no le correspondía actuar y que el Estado demandado era libre de elegir los medios para cumplir las obligaciones que le incumbieran.

Por ello, la Corte invitó a las autoridades españolas a revisar la situación de Haddad y de su hija teniendo en cuenta esta sentencia, así como también a establecer si es posible un contacto entre ellos, de acuerdo con el interés superior de la menor. En ese sentido, destacó la posibilidad de revisar las sentencias firmes, siempre que no se afecten derechos adquiridos por terceros de buena fe, conforme a los arts. 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sección Tercera**, asunto Wael Haddad v. España (caso n.º 16572/17), sentencia del 18-6-2019, en [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429387812?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia\\_Haddad\\_v.\\_Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs\\_TEDH](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429387812?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Haddad_v._Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH).



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho a la protección de datos personales. Tratamiento de datos transferidos de usuarios de Facebook por parte de las autoridades públicas de un país tercero con fines de seguridad nacional. Apreciación de la adecuación del nivel de protección garantizado en el país tercero. Adecuación de la protección garantizada por el Escudo de Privacidad Unión Europea-Estados Unidos. Validez. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** Maximillian Schrems, un ciudadano austriaco residente en su país, es usuario de la red social Facebook desde 2008. Toda persona residente en el territorio de la Unión Europea que desee registrarse en esa red social debe celebrar un contrato con Facebook Ireland, filial de Facebook Inc. que tiene sede en los Estados Unidos. Los datos personales de los usuarios residentes en la Unión Europea son transferidos total o parcialmente a servidores pertenecientes a Facebook Inc., donde son procesados.

En junio de 2013, Schrems presentó, ante el Comisario para la Protección de Datos de Irlanda, un reclamo en el que solicitaba que se prohibiera a Facebook Ireland transferir sus datos personales a los Estados Unidos. Alegó que el derecho y las prácticas en vigor en ese país no garantizaban una protección suficiente de los datos personales conservados en su territorio frente a las actividades de vigilancia de las autoridades públicas. El reclamo fue desestimado ya que la Comisión Europea, en su Decisión 2000/520, había declarado que los Estados Unidos ofrecían un nivel adecuado de protección.

El Tribunal Superior de Irlanda, ante el que Schrems había interpuesto un recurso contra la desestimación de su reclamo, planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial relativa a la interpretación y a la validez de la Decisión 2000/520. En octubre de 2015, el Tribunal de Justicia declaró inválida esa resolución de la Comisión Europea.

Entonces, el Tribunal Superior de Irlanda anuló la desestimación del reclamo de Schrems y lo devolvió al Comisario para la Protección de Datos de Irlanda. En el marco de la investigación abierta por este funcionario, Facebook Ireland explicó que una gran parte de los datos personales se transfería a Facebook Inc. basándose en cláusulas tipo de protección de datos contenidas en el anexo de la Decisión de Ejecución 2016/2297 de la Comisión (Decisión CPT). A partir de esos elementos, el comisario instó a Schrems a modificar su reclamo.

Schrems reformuló su denuncia y alegó, en particular, que el derecho estadounidense exigía a Facebook Inc. poner los datos personales que se le transferían a disposición de autoridades estadounidenses, como la National Security Agency (NSA) y la Federal Bureau of Investigation (FBI). Argumentó que, al utilizarse esos datos en el marco de diferentes programas de vigilancia de una manera incompatible con los arts. 7, 8 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Decisión CPT no podía justificar la transferencia de esos datos a los

Estados Unidos. En ese contexto, Schrems solicitó al comisario que prohibiese o suspendiese la transferencia de sus datos personales a Facebook Inc. En el ínterin, la Unión Europea había dictado la Decisión de Ejecución 2016/1250 de la Comisión Europea con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de Privacidad UE-EE.UU., conocido como *Privacy Shield*.

El comisario publicó un proyecto de decisión en el que consideraba que los datos personales de los ciudadanos de la Unión Europea transferidos a los Estados Unidos corrían el riesgo de ser consultados y procesados por las autoridades estadounidenses de una manera incompatible con los arts. 7 y 8 de la Carta y que el derecho estadounidense no ofrecía a esos ciudadanos recursos legales compatibles con el art. 47 de la Carta.

El comisario, entonces, inició un procedimiento ante el Tribunal Superior de Irlanda, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial referida a las siguientes cuestiones: a) la interpretación del art. 3, apartado 2, primer guion, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y la libre circulación de los datos personales, en relación con el art. 4 TUE, apartado 2, y los arts. 7, 8 y 47 de la Carta; b) la interpretación y la validez de la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46, en su versión modificada por la Decisión de Ejecución (UE) 2016/2297 de la Comisión, y c) la interpretación y la validez de la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, con arreglo a la Directiva 95/46 sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de Privacidad UE-EE.UU.

En abril de 2016, con posterioridad al planteo de la cuestión prejudicial, la Directiva 95/46 fue derogada y sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y a la libre circulación de datos personales (RGPD).

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró:

1. El art. 2, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo debe interpretarse en el sentido de que, dentro del ámbito de aplicación del reglamento, está comprendida una transferencia de datos personales realizada con fines comerciales por un operador económico establecido en un Estado miembro a otro operador económico establecido en un país tercero, pese a que, en el transcurso de esa transferencia o tras ella, esos datos puedan ser procesados por las autoridades del país tercero con fines de seguridad nacional, defensa y seguridad del Estado.

2. El art. 46, apartados 1 y 2, letra c), del mismo reglamento debe interpretarse en el sentido de que las garantías adecuadas, los derechos exigibles y las acciones legales efectivas requeridas por esas disposiciones deben asegurar que los derechos de las personas cuyos datos personales se transfieren a un país tercero sobre la base de

cláusulas tipo de protección de datos gozan de un nivel de protección equivalente al garantizado dentro de la Unión Europea por el reglamento, interpretado a la luz de la Carta. A tal efecto, la evaluación del nivel de protección garantizado en el contexto de una transferencia de esas características debe, en particular, considerar tanto las estipulaciones contractuales acordadas entre el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión Europea y el destinatario de la transferencia establecido en el país tercero de que se trate como, por lo que atañe a un eventual acceso de las autoridades públicas de ese país tercero, los datos personales transferidos, los elementos pertinentes del sistema jurídico de ese país y, en particular, los mencionados en el art. 45, apartado 2, del reglamento.

3. El art. 58, apartado 2, letras f) y j), del mismo reglamento debe interpretarse en el sentido de que, a no ser que exista una decisión de adecuación válidamente adoptada por la Comisión Europea, la autoridad de control competente está obligada a suspender o prohibir una transferencia de datos a un país tercero basada en cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión cuando considere, a la luz de todas las circunstancias específicas de la transferencia, que esas cláusulas no se respetan o no pueden respetarse en ese país tercero. También debe hacerlo si entiende que la protección de los datos transferidos exigida por el derecho de la Unión, en particular por los arts. 45 y 46 del Reglamento y por la Carta, no puede garantizarse mediante otros medios, si el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión no han suspendido o concluido la transferencia por sí mismos.

4. El examen de la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, no ha expuesto la existencia de ningún elemento que pueda afectar a la validez de esa decisión.

5. La Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de Privacidad UE-EE. UU., es inválida.

El Tribunal de Justicia recordó que, de acuerdo con el RGPD, una transferencia internacional de datos personales podía tener lugar válidamente si: a) se basa en una decisión de adecuación (art. 45); b) se basa en la existencia de garantías adecuadas, entre las que se encuentran las normas corporativas vinculantes (arts. 46 y 48) y las excepciones previstas en el art. 49.

El Tribunal de Justicia sostuvo que en este caso, dado que la transferencia de datos personales había sido realizada por Facebook Ireland hacia Facebook Inc., es decir, entre dos personas jurídicas, esa transferencia no estaba comprendida dentro del ámbito del art. 2, apartado 2, letra c), del RGPD, que tiene por objeto el tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. A esa transferencia tampoco se le podían aplicar las excepciones contenidas en el art. 2, apartado 2, letras a), b) y d) del Reglamento 2016/679, ya que las actividades que allí se presentaban como ejemplos eran, en todos los casos, propias del Estado o de las autoridades estatales, ajenas a la esfera de actividades de los particulares. Por tanto, el art. 2, apartados 1 y 2, del RGPD debía interpretarse en el sentido de que, dentro del ámbito de aplicación del

reglamento, estaba comprendida una transferencia de datos personales realizada con fines comerciales por un operador económico establecido en un Estado miembro a otro operador económico establecido en un país tercero, pese a que, en el transcurso de esa transferencia o tras ella, esos datos puedan ser procesados por las autoridades del país tercero con fines de seguridad nacional, defensa y seguridad del Estado.

El Tribunal de Justicia estimó que correspondía distinguir entre la evaluación que debe hacer la Comisión Europea de Protección de Datos frente a una decisión de adecuación en términos del art. 45, apartado 3, del RGPD y el supuesto de adopción de cláusulas tipo de protección de datos personales, tales como la Decisión CPT. Asimismo, señaló que una decisión de adecuación adoptada en virtud del art. 45, apartado 3, buscaba declarar con efecto vinculante, tras un examen de la normativa del tercer país que tenga en cuenta, en particular, la legislación pertinente en materia de seguridad nacional y de acceso de las autoridades públicas a los datos personales, que un tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de un tercer país garantizaban un nivel de protección adecuados. Por lo tanto, el acceso de las autoridades públicas de ese país tercero a los datos personales no impediría su transferencia. Por consiguiente, tal decisión de adecuación solo puede ser adoptada por la Comisión si ha constatado que la legislación pertinente del país tercero en la materia contiene efectivamente todas las garantías exigibles para asegurar un nivel de protección adecuado.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia sostuvo que, cuando se trata de una decisión de la Comisión, que adopta cláusulas tipo de protección de datos como la Decisión CPT — en la medida en que tal decisión no tiene por objeto un país tercero, un territorio o uno o varios sectores específicos de un país tercero— no podía inferirse del art. 46, apartados 1 y 2, letra c), del RGPD que la Comisión estuviera obligada a llevar a cabo, antes de la adopción de esa decisión, una evaluación de la adecuación del nivel de protección garantizado por los países terceros a los que podrían transferirse datos personales sobre la base de esas cláusulas.

En concreto, el Tribunal de Justicia constató que la Decisión 2010/87 exigía, al exportador de los datos y al destinatario de la transferencia, comprobar previamente, que el nivel de protección reclamado por el RGPD fuese respetado en el país tercero, y también exigía al destinatario informar al exportador de los datos sobre su eventual incapacidad para cumplir con las cláusulas tipo de protección. En ese caso, le correspondía al exportador de los datos suspender la transferencia o rescindir el contrato celebrado con el destinatario.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**, *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems*, sentencia del 16-7-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11388612>.



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de los consumidores. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Contrato de préstamo denominado en divisas. Examen de oficio de cláusulas que no forman parte del objeto de la demanda. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** en diciembre de 2007, Györgyné Lintner celebró con el UniCredit Bank de Hungría un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas. Ciertas cláusulas conferían a UniCredit Bank el derecho de modificar el contenido del contrato. En 2012, Lintner presentó una demanda ante los tribunales húngaros para que se declarara la invalidez de esas cláusulas, con efectos retroactivos, en virtud de la Directiva 93/13/CEE, que establece que las cláusulas abusivas incorporadas a los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional no vinculan al consumidor.

En 2014, Hungría dictó normas para la protección de los consumidores ante las cláusulas contractuales abusivas que permiten a los bancos modificar unilateralmente los contratos de préstamo; por lo tanto, los tribunales húngaros ya no tendrían que pronunciarse sobre la compatibilidad de esas cláusulas con la directiva.

Sin embargo, el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría), que interviene en la demanda de Lintner, evaluó si debía pronunciarse sobre la compatibilidad de la directiva respecto de otras cláusulas del contrato en cuestión que no eran objeto de la demanda —relativas a la certificación notarial de los hechos, a los motivos de resolución del contrato y a determinados gastos a cargo del consumidor—. Según concluyó, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que, en los asuntos relativos a contratos celebrados con consumidores, el juez nacional debe examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas que figuran en ese tipo de contratos si dispone de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto.

El tribunal nacional consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si está obligado, en virtud de la directiva, a examinar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas del contrato de préstamo controvertido, aun cuando la compatibilidad de esas cláusulas con la directiva no haya sido cuestionada por el consumidor en su reclamo e incluso si no es necesario examinarlas para pronunciarse sobre la demanda.

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que, cuando un consumidor denuncia el carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en un contrato celebrado con un profesional, el juez no está obligado a examinar de oficio e individualmente el posible carácter abusivo de todas las demás cláusulas contractuales que no hayan sido impugnadas por el consumidor. Solamente debe examinarlas si están vinculadas al objeto del litigio, aun cuando no hayan sido impugnadas. De este modo, ante una controversia sobre el carácter abusivo de las cláusulas, el juez debe solicitar a las partes que le faciliten el material probatorio necesario para resolver el caso. Si bien es cierto que para apreciar el carácter abusivo

de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor deben considerarse todas las cláusulas del contrato, ello no supone la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las demás cláusulas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordó que los Estados miembro son libres de establecer en su derecho interno un examen de oficio más amplio que el que debe efectuarse en virtud de la directiva, con vistas a garantizar al consumidor una protección mayor.

Por otra parte, señaló que el Fővárosi Törvényszék parecería considerar que las cláusulas respecto de las que formuló la petición de decisión prejudicial no están vinculadas al objeto de la demanda presentada inicialmente por Lintner. Sostuvo que, en virtud de la directiva, el tribunal no está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de esas primeras cláusulas. Además, recordó que el juez nacional que examine el carácter abusivo de una cláusula contractual deberá tener en cuenta todas las demás cláusulas del contrato, pues el examen requiere evaluar el efecto acumulativo de las cláusulas. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacó que de ello no se deduce que, en el marco de la apreciación de la invalidez de la cláusula objeto de la demanda del consumidor, el juez nacional esté obligado a examinar oficiosamente el posible carácter abusivo de las demás cláusulas de manera autónoma.

**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, Sala Tercera,** petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría), en el caso *Györgyné Lintner/UniCredit Bank Hungary Zrt.*, asunto C-511/17, sentencia del 11-3-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224339&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2609964>.



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de los consumidores. Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento. Obligación del comerciante de indicar su número de teléfono y su número de fax “cuando proceda”. Alcance. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** la sociedad Amazon, en Alemania vende diversos productos solo a través del sitio de internet [www.amazon.de](http://www.amazon.de). La Federación Alemana de Asociaciones de Consumidores demandó a Amazon ante los tribunales alemanes. Alegó que Amazon incumplía su obligación legal de facilitar a los consumidores medios eficaces para comunicarse con ella, porque no les informaba de manera clara y comprensible sus números de teléfono y de fax. La Federación sostuvo que el servicio de solicitud de llamada de Amazon no cumplía con los requisitos de información, ya que el consumidor debía dar múltiples pasos para contactarse con un representante de la sociedad. El derecho alemán exige al comerciante que facilite al consumidor su número de teléfono antes de concluir un contrato a distancia o un contrato celebrado fuera del establecimiento.

En este contexto, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania, que conoce del litigio en última instancia, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores se opone a la normativa nacional, y si el comerciante está obligado a instalar una línea telefónica o de fax o a habilitar una nueva dirección de correo electrónico para permitir a los consumidores ponerse en contacto con él. Además, el tribunal alemán desea saber si un comerciante como Amazon puede utilizar otros medios de comunicación, como, por ejemplo, un sistema de mensajería instantánea o de solicitud de llamada.

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que una plataforma de comercio electrónico como Amazon no está obligada en todos los casos a facilitar al consumidor un número de teléfono antes de la celebración de un contrato. Sin embargo, debe poner a su disposición un medio de comunicación que le permita contactarse rápidamente y comunicarse con ella de forma eficaz.

La directiva de la Unión Europea se opone a la normativa nacional. El Tribunal de Justicia subrayó que la directiva no obliga en cualquier circunstancia al comerciante a instalar una línea de teléfono o de fax o a crear una nueva dirección de correo electrónico, sino únicamente a facilitar el número de teléfono, de fax o la dirección de correo electrónico si el comerciante ya dispone de esos medios para comunicarse con los consumidores. Asimismo, afirmó que la directiva exige que el comerciante ponga a disposición del consumidor un medio de comunicación directo y eficaz, que puede ser un medio de comunicación distinto a los previstos en la directiva.

La directiva pretende garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores, su información y su seguridad en las transacciones comerciales. A

tal fin, la posibilidad de que el consumidor se ponga en contacto y se comunique con el comerciante de forma rápida y eficaz es fundamental para la aplicación de los derechos del consumidor, en especial del derecho de desistimiento. No obstante, la directiva también busca garantizar un equilibrio justo entre un nivel elevado de protección de los consumidores y la competitividad de las empresas, así como respetar la libertad de empresa, consagrada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia señaló que resulta desproporcionado obligar a comerciante a poner a disposición del consumidor, en todos los casos, un número de teléfono, a instalar una línea de teléfono o de fax o a crear una nueva dirección de correo electrónico.

En lo que respecta al significado de la expresión “cuando proceda”, que aparece en la directiva vinculada con los tres medios de comunicación habituales entre consumidores y comerciantes (teléfono, fax y correo electrónico), el Tribunal de Justicia estimó que, a pesar de las diferencias lingüísticas, se refiere a casos en los que el comerciante dispone de ese medio de comunicación y se lo proporciona a los consumidores. Además, la directiva no se opone a que el comerciante facilite otros medios de comunicación, siempre que sean directos y eficaces.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si los medios de comunicación que el comerciante pone a disposición del consumidor le permiten contactarse rápida y eficazmente, y si la información relativa a los mencionados medios de comunicación es clara y comprensible. En relación con esto, afirmó que el hecho de que un número de teléfono únicamente esté disponible tras pulsar una serie de veces en el sitio de internet no implica, como tal, que la forma empleada para proporcionar información al consumidor no sea clara o comprensible.

**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 *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Amazon EU*, asunto C-649/17, sentencia del 10-7-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216039&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=12584322>.



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de los consumidores. Transporte aéreo. Convenio de Montreal. Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Concepto de accidente. Aeronave en vuelo. Lesión corporal de un pasajero. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** una niña reclamó una indemnización por daños y perjuicios a la compañía aérea austriaca Niki Luftfahrt GmbH, que atravesaba un procedimiento concursal en ese momento. La accionante sufrió quemaduras en un vuelo de Palma de Mallorca a Viena, cuando el vaso de café caliente que le habían servido a su padre, y que estaba colocado sobre la bandeja plegable de su asiento, se volcó por razones desconocidas.

La compañía aérea alegó no ser responsable porque no se había producido un accidente en el sentido del Convenio de Montreal de 1999, que unifica ciertas reglas para el transporte aéreo internacional y regula la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Según Niki Luftfahrt GmbH, el convenio exige que se materialice un riesgo típico de la aviación, un requisito que no se cumpliría en este asunto. Afirmó que, de hecho, no había podido determinarse si el vaso de café se había volcado por un defecto de la bandeja plegable o por las vibraciones del avión.

El Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que precisara el concepto de “accidente” en el sentido del Convenio de Montreal, donde no estaba definido.

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que, para que una compañía aérea fuera responsable de las quemaduras causadas a un pasajero al derramarse un vaso de café caliente durante un vuelo por razones desconocidas, no era necesario que se hubiera materializado un riesgo típico de la aviación.

El sentido ordinario que se atribuye al concepto de “accidente” es el de un acontecimiento involuntario, perjudicial e imprevisto. El Convenio de Montreal pretende establecer un régimen de responsabilidad objetiva de las compañías aéreas y garantizar, al mismo tiempo, el equilibrio entre los diferentes intereses.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que tanto el sentido ordinario del concepto de “accidente” como los objetivos del Convenio de Montreal se oponían a que la responsabilidad de las compañías aéreas quedara supeditada a que el daño hubiera sido causado por la materialización de un riesgo típico de la aviación o a la existencia de una relación entre el accidente y la explotación o el movimiento de la aeronave.

El Convenio de Montreal permite a las compañías aéreas excluir o limitar su responsabilidad si demuestran que el propio pasajero causó el daño o contribuyó a que se produjera. Además, la compañía aérea puede limitar su responsabilidad a 100 000 “derechos especiales de giro” (de acuerdo con la definición del Fondo Monetario Internacional, que en diciembre de 2019 estableció que un derecho especial de giro

correspondía aproximadamente a €1,24) si prueba que el daño no ocurrió por una negligencia de su parte o que se debió únicamente a la negligencia de un tercero.

Por todo ello, el concepto de “accidente” comprende todas las situaciones que se dan a bordo de una aeronave en las que un objeto utilizado para el servicio a los pasajeros haya causado una lesión corporal a un pasajero, sin que sea necesario determinar si esas situaciones son consecuencia de un riesgo típico de la aviación.

**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 Austria en el caso *GN c. Niki Luftfahrt GmbH*, asunto C-532/18, sentencia del 19-12-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=35FD2907DC8FE1C298D30072A-994B975?text=&docid=221796&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6426796>.



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Medio ambiente. Responsabilidad ambiental. Daño no significativo. Concepto de “gestión corriente de los parajes”. Concepto de “actividad profesional”. Actividad desempeñada en interés de la colectividad por una delegación legal de funciones. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** entre 2006 y 2009, una parte de la península de Eiderstedt, situada en la parte occidental del estado federado de Schleswig-Holstein (Alemania), fue clasificada como zona de protección debido a la presencia del fumarel común, un ave acuática protegida. De conformidad con el plan de gestión, la zona de protección de esa especie sigue explotándose mayoritariamente de manera tradicional, como zona de grandes superficies de pastos. Para ser habitada y explotada con fines agrícolas, la península de Eiderstedt precisa de drenaje. A tal fin, el *Deich- und Hauptsielverband Eiderstedt*, una asociación de gestión de recursos hídricos y terrestres constituida bajo la forma jurídica de entidad de derecho público, explota una estación de bombeo que drena la totalidad del territorio. Esas operaciones de bombeo, que producen una reducción del nivel del agua, están comprendidas en su

misión de mantenimiento de las aguas superficiales, que le encomienda la ley como obligación de derecho público.

La *Naturschutzbund Deutschland - Landesverband Schleswig-Holstein*, una asociación de protección del medio ambiente, presentó ante el distrito de Frisia Septentrional una solicitud de medidas de limitación y de reparación de daños, que fue rechazada. Argumentó que, mediante la explotación de esa estación de bombeo, el *Deich- und Hauptsielverband Eiderstedt* causó daños ambientales en perjuicio del fumarel común. La accionante invocó la normativa alemana adoptada para transponer la Directiva 2004/35 sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, ya que esa normativa contempla, entre otros, a los daños ocasionados por actividades profesionales a especies y hábitats naturales, especialmente los referidos en las directivas 92/43 y 2009/147 (sobre conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres y sobre conservación de las aves silvestres, respectivamente). Por otro lado, la Directiva 2004/35 permite a los Estados miembros establecer una exención de responsabilidad en beneficio de los propietarios y de los operadores cuando los daños ocasionados a las especies y a los hábitats naturales sean el resultado de una gestión corriente del lugar en cuestión. Alemania hizo uso de esa facultad.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Alemania, que conoce del recurso interpuesto contra la desestimación, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si, y en qué condiciones, una actividad como la explotación de una estación de bombeo para fines de drenaje de superficies agrícolas podía considerarse comprendida dentro de la gestión corriente de los parajes, en el sentido de la Directiva 2004/35. Además, solicitó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisara si podía considerarse que esa actividad era profesional, en el sentido de la Directiva 2004/35, en la medida que se ejerciera en interés de la colectividad por una delegación legal de funciones.

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que las personas jurídicas de derecho público podían ser responsables de los daños ambientales ocasionados por las actividades desempeñadas en interés de la colectividad en virtud de una delegación legal de funciones, como la explotación de una estación de bombeo para el drenaje de superficies agrícolas.

El concepto de “gestión corriente de los parajes” debe entenderse en el sentido de que abarca toda medida que permita una buena administración u organización de los lugares que albergan especies o hábitats naturales protegidos, de acuerdo con las prácticas agrícolas generalmente admitidas.

La gestión de un lugar que alberga especies y hábitats naturales protegidos, en el sentido de las directivas sobre los hábitats y sobre las aves, solo puede considerarse “corriente” si respeta los objetivos y cumple las obligaciones que prevén las directivas y, en particular, la totalidad de las medidas de gestión adoptadas por los Estados miembros fundadas sobre la base de las citadas directivas, como se contienen en los registros de hábitats y la documentación de objetivos a que se refiere el anexo I, párrafo tercero, segundo guion, de la Directiva 2004/35. En esas circunstancias, el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la “gestión corriente de un paraje” podía comprender las actividades agrícolas ejercidas en el lugar, incluidas aquellas que pudieran ser su complemento indispensable, como la irrigación y el drenaje y, por tanto, la explotación de una estación de bombeo.

En el supuesto en que esa documentación de gestión no contenga indicaciones suficientes, un órgano jurisdiccional que deba apreciar el carácter corriente o no de una medida de gestión puede examinar esos documentos respecto de los objetivos y de las obligaciones previstos en las directivas sobre los hábitats y sobre las aves o puede apoyarse en normas de derecho interno adoptadas para la transposición de esas directivas o, en su defecto, en otras compatibles con su espíritu y objetivo.

Por otro lado, el tribunal ha recordado que, con arreglo al anexo I, párrafo tercero, segundo guion, de la Directiva 2004/35, la gestión corriente de un paraje podía resultar también de una práctica anterior ejercida por los propietarios o los operadores. En ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que esa norma abarcaba las medidas de gestión que, en el momento en que se ocasionara el daño, llevaban aplicándose un tiempo suficientemente largo y gozaban de un reconocimiento general y de una consolidación tales como para poder ser consideradas usuales respecto del paraje de que se tratara, siempre que no hicieran peligrar el cumplimiento de los objetivos y de las obligaciones previstos en las directivas sobre los hábitats y sobre las aves.

En lo que atañe a si una actividad desempeñada en interés de la colectividad en virtud de una delegación legal de funciones por una persona jurídica de derecho público, como la explotación de una estación de bombeo para fines de drenaje de las superficies agrícolas, puede constituir una “actividad profesional” en el sentido de la Directiva 2004/35, el Tribunal de Justicia ha confirmado que esa expresión abarcaba la totalidad de las actividades desempeñadas dentro de un contexto profesional, por oposición a un contexto meramente personal o doméstico, con independencia de que esas actividades guardaran relación con el mercado o tuvieran un carácter competitivo.

**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, Sala Primera,** petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Alemania, en el caso *Naturschutzbund Deutschland - Landesverband Schleswig-Holstein e.V./Kreis Nordfriesland*, asunto C-297/19, sentencia del 9-7-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=63F7190C7DF8F337D029EE57474CCD28?text=&docid=228377&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=12183604>



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Refugiados. Espacio de libertad, seguridad y justicia. Protección internacional. Estatuto de refugiado. Denegación de la concesión o revocación del estatuto de refugiado en caso de amenaza para la seguridad o la comunidad del Estado miembro de acogida. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** en Bélgica y en la República Checa se les revocó o se les denegó el estatuto de refugiados, a un nacional costamarfileño, a un congoleño y a un checheno. La decisión se basó en las disposiciones de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo —que establece normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida— que permiten revocar o negar el estatuto de refugiado a las personas que representen un peligro para la seguridad o hayan sido condenadas por un delito grave.

Los interesados impugnaron la revocación o la denegación de la concesión del estatuto de refugiado, respectivamente, ante el Consejo del Contencioso de Extranjería, Bélgica, y el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, República Checa. Estos tribunales dudan acerca de la conformidad de las disposiciones de la directiva con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

Los tribunales destacaron que, si bien la Convención de Ginebra permite expulsar y devolver a los nacionales extranjeros y a los apátridas por los motivos mencionados, no contempla la pérdida de la condición de refugiado. En este contexto, se preguntaron si las disposiciones de la directiva podrían contener un motivo de cesación o de exclusión del estatuto no recogido en la Convención de Ginebra.

En estas circunstancias, consultaron al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si las disposiciones son válidas a la luz de las normas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que indican que la política de asilo de la UE debe respetar la Convención de Ginebra.

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que son válidas las disposiciones de la directiva que permiten revocar y denegar la concesión del estatuto de refugiado por motivos relacionados con la protección de la seguridad o de la comunidad del Estado miembro de acogida. La revocación y la denegación de la concesión del estatuto de refugiado no privan, a una persona que tenga temor fundado de ser perseguida en su país de origen, ni de la condición de refugiado ni de los derechos que la Convención de Ginebra le reconoce.

Aunque la directiva establece un sistema de protección de los refugiados específico de la UE, se fundamenta en la Convención de Ginebra y su finalidad es que se la respete plenamente.

En este contexto, mientras un nacional de un país no miembro de la UE o un apátrida tenga temores fundados de ser perseguido en su país de origen o de residencia, debe ser considerado refugiado en el sentido de la directiva y de la Convención de Ginebra, con independencia de que se le haya concedido o no formalmente el estatuto de refugiado. El reconocimiento por un Estado miembro de la condición de refugiado tiene carácter puramente declaratorio, no constitutivo, de esa condición.

El reconocimiento formal de la condición de refugiado implica que disponga del conjunto de derechos y prestaciones que la directiva asocia a este tipo de protección internacional, entre los cuales figuran tanto derechos equivalentes a los recogidos en la Convención de Ginebra como otros que provienen directamente de la directiva y no tienen equivalente en la convención.

Los motivos de revocación y de denegación contemplados en la directiva se corresponden con los establecidos en la Convención de Ginebra, que permiten la devolución de un refugiado. Mientras que, bajo ciertos requisitos, la Convención de Ginebra permite la no devolución del refugiado a un país en el que peligre su vida o su libertad, la directiva debe interpretarse y aplicarse dentro del respeto de los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales que excluyen la devolución a un país donde existan riesgos concretos. En efecto, la Carta prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y los tratos inhumanos o degradantes, con independencia del comportamiento de la persona, así como su expulsión a un Estado donde pueda ser víctima de esos delitos.

En consecuencia, el derecho de la UE concede a los refugiados una protección internacional más amplia que la garantizada por la Convención de Ginebra.

La revocación del estatuto de refugiado o la denegación de su concesión no provoca que la persona pierda la condición de refugiado. En consecuencia, aunque no pueda disfrutar o deje de disfrutar del conjunto de derechos y prestaciones que la directiva reserva a los titulares del estatuto de refugiado, sí posee una serie de derechos contemplados en la Convención de Ginebra, a los que hace referencia la directiva, además de los derechos previstos por la Convención cuyo goce no exija una residencia legal, sino la mera presencia física del refugiado en el territorio del Estado de acogida.

El Tribunal concluyó que las disposiciones eran válidas porque se corresponden con la Convención de Ginebra y con las normas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del TFUE que obligan a respetar la Convención.

**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 del Contencioso de Extranjería de Bélgica y Tribunal Supre-

mo de lo Contencioso-Administrativo de la República Checa, en los asuntos acumulados C-391/16, *M vs. Ministerstvo vnitra*, C-77/17 y C-78/17, *X y X vs. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, sentencia del 14-5-2019, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214042&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9128895>.



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Responsabilidad de los Estados miembros. Infracción del derecho de la Unión. Regímenes nacionales de indemnización de las víctimas de delitos dolosos violentos que garantizan una indemnización justa y adecuada. Víctima residente en el territorio del Estado miembro en el que se cometió el delito doloso violento. Obligación de incluir a esta víctima en el régimen nacional de indemnización. Concepto de “indemnización justa y adecuada”. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** en 2005, BV, italiana residente en su país, fue víctima de una agresión sexual en el territorio italiano. Los autores fueron condenados a una pena de prisión y a pagar a la víctima 50 000 euros en concepto de daños y perjuicios. Dado que los condenados se fugaron, la víctima no pudo percibir la indemnización.

En 2009, BV demandó a la Presidencia del Consejo de Ministros de Italia. Reclamó que se declarara la responsabilidad extracontractual de Italia por haber incumplido sus obligaciones derivadas de la Directiva 2004/80, cuyo art. 12.2 dispone que “todos los Estados miembros garantizarán que sus normas nacionales establecen la existencia de un régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios, que asegure a las víctimas una indemnización justa y adecuada”.

En primera instancia, el Tribunal Ordinario de Turín condenó a la Presidencia del Consejo de Ministros a pagar a BV 90 000 euros más intereses y costas. La demandada apeló.

En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones de Turín redujo la indemnización a 50 000 euros y confirmó la sentencia en todo lo demás. La Presidencia del Consejo de Ministros interpuso un recurso de casación.

El Tribunal Supremo de Casación consideró que la directiva tiene por objeto regular los casos transfronterizos. No obstante, estimó que —en virtud de los principios generales de igualdad de trato y de no discriminación en razón de la nacionalidad—, limitar la aplicación del régimen nacional de indemnización solo a víctimas en situación transfronteriza provocaría un trato discriminatorio no

justificado para los ciudadanos italianos. Por ello, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la posibilidad de aplicar el régimen de la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro a las víctimas de delitos dolosos violentos que no se encuentren en situación transfronteriza. Por otra parte, expresó sus dudas acerca de si es “justa y adecuada”, en el sentido del art.12.2 de la directiva, la cantidad a tanto alzado de 4800 euros, prevista por la normativa italiana como indemnización a las víctimas de agresiones sexuales.

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que los Estados miembros deben conceder una indemnización a todas las víctimas de delitos dolosos violentos, incluidas las que residen en su propio territorio. La indemnización no debe cubrir la reparación íntegra de los daños, pero su importe no puede ser puramente simbólico.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado los requisitos que permiten determinar la responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del derecho de la Unión, a saber: que se corrobore la infracción de una norma de derecho de la Unión infringida que confiere derechos a los particulares; que se trate de una infracción suficientemente caracterizada de esa norma, y que exista un nexo causal entre esa infracción y los daños sufridos por los particulares. En este caso, el Tribunal tuvo en cuenta el tenor literal del art. 12.2 de la directiva, su contexto y sus objetivos, y destacó que, mediante esa disposición, el legislador de la Unión no había optado porque cada Estado miembro estableciera un régimen de indemnización específico, limitado únicamente a las víctimas de delitos dolosos violentos que se encuentren en situación transfronteriza, sino porque se aplicaran, en favor de las víctimas, los regímenes nacionales de indemnización a las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en los respectivos territorios de los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha estimado que la directiva obliga a todos los Estados miembros a dotarse de un régimen de indemnización que cubra a todas las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus territorios y no solo a las víctimas que se encuentren en situación transfronteriza. En ese sentido expuso que la directiva confiere el derecho a obtener una indemnización justa y adecuada no solo a las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en el territorio de un Estado miembro que se encuentren en situación transfronteriza, sino también a las víctimas que residan habitualmente en el territorio del Estado miembro en el que se haya cometido el delito.

Por consiguiente, siempre que se cumplan los requisitos mencionados, un particular tiene derecho a una indemnización por los daños que le ha causado el incumplimiento, por parte de un Estado miembro, de su obligación derivada del art. 12.2 de la directiva, con independencia de si el particular se encontraba o no en una situación transfronteriza en el momento en que fue víctima del delito en cuestión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha considerado que, dado que el art. 12.2 de la directiva no contiene indicación alguna sobre el importe de la indemnización que se considera que corresponde a una indemnización “justa y adecuada”, la

disposición reconoce a los Estados miembros un margen de apreciación a estos efectos. Sin embargo, aunque esta indemnización no debe garantizar necesariamente una reparación completa del daño material y moral sufrido por la víctima del delito doloso violento, tampoco puede tener un carácter meramente simbólico o manifiestamente insuficiente en relación con la gravedad de las consecuencias que para las víctimas tiene el delito cometido. La indemnización debe compensar efectivamente, en una medida adecuada, el padecimiento que sufrieron. Asimismo, ha aclarado que una indemnización a tanto alzado a esas víctimas puede calificarse de “justa y apropiada” siempre que el baremo de indemnizaciones sea suficientemente detallado, de modo que se evite que la indemnización a tanto alzado prevista para un determinado tipo de delito pueda resultar manifiestamente insuficiente a la luz de las circunstancias de cada caso concreto.

**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, Gran Sala,** petición de decisión prejudicial planteada por el Corte Suprema di Cassazione de Italia en el caso *BV c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, asunto C-129/1919, sentencia del 16-7-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7B95713F1F705F138E36A0C-3799107D6?text=&docid=228681&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9428831>.



**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. Circunstancias extraordinarias. Pasajeros conflictivos. Medidas razonables. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** un pasajero presentó un reclamo contra Transportes Aéreos Portugueses (TAP) por haberse negado a compensarlo con motivo del retraso de un vuelo. TAP alegó que el vuelo se había retrasado por un conflicto con un pasajero en un vuelo anterior, operado con la misma aeronave, que provocó el desvío del recorrido. Afirmó que la circunstancia debía calificarse de extraordinaria y debía eximírsela de la obligación de compensación prevista en el reglamento sobre los derechos de los pasajeros aéreos.

El Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, que conoce del litigio, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la calificación jurídica de la circunstancia que provocó el retraso, sobre la posibilidad de invocar como motivo del retraso un hecho ocurrido en la misma aeronave pero durante un vuelo anterior y sobre el carácter razonable de las medidas adoptadas por el transportista, según el reglamento sobre los derechos de los pasajeros aéreos (Resolución 261/2004 CE).

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que el comportamiento conflictivo de un pasajero puede constituir una circunstancia extraordinaria que permite al transportista aéreo quedar eximido de la obligación de compensar la cancelación o el retraso de un vuelo.

No obstante, como parte de las medidas razonables que debe adoptar a fin de quedar eximido de la obligación de compensación, el transportista aéreo debe garantizar a los pasajeros lo antes posible un transporte alternativo mediante otros vuelos que puedan operar otras compañías aéreas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que el transportista aéreo no está obligado a indemnizar a los pasajeros si puede probar que la anulación de un vuelo, o el retraso igual o superior a tres horas, se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado. Además, debe probar que ha tomado todas las medidas necesarias para evitar cancelaciones y retrasos. No obstante, no corresponde exigir la aplicación de medidas que excedan la capacidad de la empresa.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea definió las circunstancias extraordinarias, en el sentido del Reglamento sobre los derechos de los pasajeros aéreos, como los acontecimientos que, por su naturaleza o su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo afectado y escapen a su control. Estas circunstancias pueden darse, en particular, en caso de riesgos para la seguridad. El comportamiento conflictivo de un pasajero que haya tenido como consecuencia el desvío de la aeronave pone efectivamente en peligro la seguridad de un vuelo. El Tribunal consideró que el hecho no es inherente al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo, y que no podría haber sido controlado. Por otra parte, los medios de que el comandante y la tripulación disponen para controlar el comportamiento conflictivo de un pasajero a bordo de una aeronave son limitados. En cambio, si el transportista hubiera contribuido a provocar ese comportamiento, o si hubiera tenido la posibilidad de preverlo y de adoptar las medidas adecuadas sin consecuencias graves para el desarrollo del vuelo, no cabría considerarla como una circunstancia extraordinaria. Este puede ser el caso, si el transportista aéreo embarca a un pasajero que previamente manifiesta trastornos de conducta, incluso durante el embarque.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado que, a fin de quedar eximido de la obligación de compensar a los pasajeros por un retraso de tres horas o más o por la cancelación de un vuelo, un transportista aéreo debe poder invocar una circunstancia extraordinaria que hubiera afectado un vuelo anterior operado por el propio transportista aéreo con la misma aeronave, siempre que exista una relación de causalidad directa entre el hecho que hubiera

afectado el vuelo anterior y el retraso o la cancelación del vuelo posterior, extremo que incumbirá determinar al tribunal nacional a la luz de los elementos de hecho de que disponga y teniendo en cuenta especialmente las condiciones de explotación de la aeronave de que se trate.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que, en caso de producirse una circunstancia extraordinaria, el transportista aéreo que pretende quedar eximido de la obligación de compensar a los pasajeros debe garantizar lo antes posible un transporte alternativo razonable y satisfactorio contando con todos los medios a su disposición, como ofrecer otros vuelos, directos o con escala, que pueden operar otras compañías aéreas, ya pertenezcan o no a la misma alianza aérea, y que lleguen a destino antes que el siguiente vuelo previsto por la propia compañía.

Por consiguiente, el Tribunal consideró que el transportista aéreo no dispuso de todos los medios a su alcance, pues se ofreció al pasajero un transporte alternativo en el vuelo siguiente operado por la propia compañía, que llegó a destino un día después del previsto. Lo ocurrido solo resulta admisible en caso de que no hubiera habido asientos disponibles en otro vuelo directo o con escala, que permitiera al pasajero llegar a su destino final con menos retraso que el siguiente vuelo del propio transportista aéreo o en caso de que el transporte alternativo supusiera un gasto mayor a la capacidad de la empresa en el momento considerado.

**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 Judicial da Comarca de Lisboa, Portugal, en el caso *LE c. Transportes Aéreos Portugueses*, asunto C-74/19, sentencia del 11-6-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=227302&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=1487446>.



**Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial de urgencia. Extradición. Acuerdo sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, por una parte, e Islandia y Noruega, por otra. Extradición de un nacional islandés a un tercer Estado. Protección de los nacionales de un Estado miembro frente a la extradición. Falta de protección equivalente de los nacionales de otro Estado. Nacional islandés que recibió asilo con arreglo al derecho nacional antes de adquirir la ciudadanía islandesa. Restricción a la libre circulación. Justificación basada en la prevención de la impunidad. Proporcionalidad. Comprobación de las garantías previstas en el art. 19, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

**Antecedentes del caso:** en mayo de 2015, la oficina moscovita de Interpol publicó una orden de búsqueda internacional contra un nacional ruso. En junio de 2019 el hombre, que para entonces había adquirido la nacionalidad islandesa, fue detenido en Croacia en virtud de esa orden. En agosto de 2019 las autoridades croatas recibieron una solicitud de extradición procedente de Rusia. El tribunal croata que resultó encargado de pronunciarse sobre la extradición estimó que concurrían los requisitos legales y la autorizó. El interesado instó la anulación de la resolución ante el Tribunal Supremo de Croacia. Argumentó que, en caso de que fuera extraditado a Rusia, corría el riesgo de ser sometido a tortura y tratos inhumanos y degradantes. Además, alegó que antes de obtener la nacionalidad islandesa, Islandia le había reconocido el estatuto de refugiado como consecuencia de los procedimientos incoados en su contra en Rusia. Agregó que no se había tenido en cuenta la sentencia *Petruhhin* (C-182/15), en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que un Estado miembro que reciba una solicitud de extradición de un ciudadano de otro Estado miembro que se encuentre en su territorio deberá informar la situación al Estado solicitante y entregar al ciudadano, de acuerdo con la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a las órdenes de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembro, siempre que el Estado miembro de la nacionalidad de ese ciudadano sea competente para procesarlo por hechos cometidos fuera de su territorio nacional.

El Tribunal Supremo de Croacia consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si, en una situación que no afecta a un ciudadano de la Unión Europea sino a un nacional islandés, procedía seguir la interpretación adoptada en el precedente *Petruhhin*, teniendo en cuenta que la República de Islandia pertenece a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y forma parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

**Sentencia:** el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que cuando un Estado miembro se debe pronunciar sobre una solicitud de extradición a un tercer Estado de un nacional de un Estado de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), que forma parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), le corresponde comprobar que dicho nacional no vaya a ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

Antes de contemplar la posibilidad de ejecutar la solicitud de extradición, el Estado miembro requerido deberá informar la situación al Estado de la AELC para permitirle que solicite la entrega de su nacional.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea evaluó si el derecho de la Unión era aplicable a la situación. Al respecto, indicó que por no tratarse de un ciudadano de la Unión que se hubiera desplazado a otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad, sino del nacional de un tercer Estado, no eran aplicables los arts. 18 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) —relativos a la no discriminación por razón de nacionalidad y a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, respectivamente— que habían sido interpretados en la sentencia *Petruhhin*. No obstante, la cuestión sí está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión y, concretamente, en el del Acuerdo EEE, que forma parte integral del derecho de la Unión por ser un acuerdo internacional celebrado por la Unión Europea. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal de Justicia destacó la relación privilegiada de Islandia con la Unión Europea, ya que, además de ser miembro del espacio Schengen y parte del Acuerdo EEE, participa en el sistema europeo común de asilo y ha celebrado con la Unión Europea un acuerdo sobre procedimiento de entrega.

El Tribunal señaló, además, que el art. 36 del Acuerdo EEE garantiza la libre prestación de servicios y lo hace, en esencia, de modo idéntico al art. 56 TFUE. Por último, declaró que la libre prestación de servicios, a efectos tanto del art. 56 TFUE como del Acuerdo EEE, incluye la libertad para presentarse en otro Estado a fin de usufructuar servicios, como en este caso, en que el nacional islandés tenía la intención de hacer turismo en Croacia.

En segundo lugar, tras indicar que también se aplica lo dispuesto en la Carta, dado que el derecho de la Unión regula este tipo de casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó el alcance de la protección garantizada por el art. 19, apartado 2, según el cual nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, tortura u otras penas y tratos inhumanos o degradantes. Así, el Tribunal de Justicia declaró que el Estado miembro que hubiera recibido la solicitud de extradición deberá comprobar, antes de proceder a su ejecución, que la orden no pueda vulnerar los derechos a que se refiere el artículo. Destacó que el hecho de que Islandia hubiera concedido asilo al interesado constituye un elemento especialmente grave a la hora de realizar esa comprobación. Máxime cuando el asilo otorgado se basó, precisamente, en los procedimientos penales que dieron lugar posteriormente a la solicitud de extradición. Por consiguiente, a falta de circunstancias específicas, como podría ser una evolución importante de la situación en Rusia o la existencia de datos que prueben que el interesado solicitó asilo

ocultando sus antecedentes penales, la existencia de la resolución de las autoridades islandesas por la que se accedió a la solicitud del interesado debe llevar a Croacia a denegar la extradición.

En tercer lugar, para el supuesto concreto de que el Estado miembro que haya recibido la solicitud de extradición estime que la Carta no obsta a su ejecución, el Tribunal de Justicia ha señalado que las normas nacionales que prohíben la extradición de los propios ciudadanos, como sucede en Croacia, establecen una diferencia de trato pues no otorgan la misma protección contra la extradición. Así pues, esas normas pueden afectar a la libre prestación de servicios a efectos del art. 36 del Acuerdo EEE. A continuación, el Tribunal de Justicia señaló que la restricción solamente se justifica si está basada en consideraciones objetivas y proporcionales al objetivo perseguido legítimamente por el derecho nacional. En el caso de autos, sí es legítimo el objetivo de evitar el riesgo de impunidad de las personas que se encuentran en un territorio distinto de aquel en que supuestamente cometieron la infracción que se les imputa. Además, las normas que posibilitan la extradición de esas personas a un tercer Estado sí resultan adecuadas para alcanzar ese objetivo. No obstante, en lo que atañe a la proporcionalidad de la restricción, el Tribunal consideró que era preciso dar prioridad al intercambio de información con el Estado de la AELC del que el interesado es nacional, para dar a ese Estado la oportunidad de emitir una solicitud de entrega de su ciudadano con vistas a su procesamiento. Por lo que se refiere a Islandia, dado que la Decisión Marco 2002/584 no es aplicable, cabría proceder a la entrega sobre la base del Acuerdo sobre el Procedimiento de Entrega, cuyas disposiciones son muy semejantes a las de la Decisión Marco.

Por lo expuesto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la solución adoptada en la sentencia *Petruhhin* debe aplicarse por analogía a un nacional islandés que, frente al tercer Estado que solicita su extradición, se halla en una situación comparable objetivamente a la de los ciudadanos de la Unión, quienes, según el art. 3 TUE, apartado 2, gozan de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de personas.

**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, Gran Sala,** petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Croacia, en el caso *Ruska Federacija*, asunto C-897/19, sentencia del 2-4-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228160&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1531161>.



## **Derecho de propiedad. Propiedad de la tierra. Leyes del *apartheid*. Derecho a la igualdad ante la ley. Protección y beneficios. Ley de reforma agraria. (Sudáfrica).**

**Antecedentes del caso:** en 1913 se sancionó en Sudáfrica la primera ley (Native Land Act) que privó a la población negra del derecho a la tierra, de la que solo se le concedió el 13 %, mientras que el 87% quedó en poder de la minoría blanca. En 1936, se sancionó una segunda ley (Native Trust Land Act) que creó la South African Native Trust, que poseía el 13 % de la tierra reservada para uso de los africanos negros. El acceso a esa tierra estaba regulado por la Declaración n.º 293/1962, que concedía derechos en la forma de permisos de ocupación de la tierra o de actas de concesión, pero no eran equivalentes a poseer la propiedad de los terrenos. Tales derechos podían ser revocados por las autoridades debido a diferentes razones. En esos casos, quienes habían perdido sus derechos a menudo debían abandonar el lugar en el que habían vivido.

En 1991, se sancionó la Ley de Actualización de los Derechos de Tenencia de la Tierra para conceder a la población negra un régimen seguro de propiedad de la tierra, que hasta entonces le había sido negado por las leyes discriminatorias del *apartheid*. A principios del siglo XX, algunas partes de Sudáfrica habían sido subdivididas en los llamados “estados TBVC” (Transkei, Bophuthatswana, Venda y Ciskei), a los que el Gobierno del *apartheid* había otorgado la independencia y, por ello, no estaban sujetos a las leyes sancionadas por el parlamento sudafricano. En consecuencia, la Ley de Actualización no se aplicó allí. Cuando la Constitución provisional entró en vigor en 1994, todos los territorios, incluyendo los estados TBVC, pasaron a formar parte de Sudáfrica. Entonces, la aplicación de la Ley de Actualización se extendió al resto del país mediante la Ley General de Reforma de Asuntos Agrarios de 1998.

Ahora bien, en 2016, Teba Property Trust afirmó poseer un derecho a la tierra en forma de permiso de ocupación, que le había sido otorgado a su predecesor en 1949 mediante la legislación vigente antes de la Declaración n.º 293/1962. Se trataba de un derecho sobre una parcela de tierra ubicada en la pequeña ciudad de Sterkspruiten Transkei, que actualmente forma parte de la Municipalidad de Senqu (municipalidad).

Teba Trust promovió una demanda ante la High Court de Eastern Cape Division, Grahamstown (High Court), para que declarara que su permiso de ocupación constituía un derecho de propiedad de la tierra previsto en el ítem 2 del anexo 2 de la Ley de Actualización, y para que ordenara a la municipalidad presentar una escritura de cesión ante el Registro de Títulos de Propiedad de Mthatha. La municipalidad sostuvo que el art. 3 de la Ley de Actualización invocada por Teba Trust no era aplicable al área que había formado parte de Transkei. Teba Trust impugnó la validez de la Ley de Reforma que modificó la Ley de Actualización e introdujo el art. 25.A que prevé que, con excepción de los arts. 3, 9 y 20, su aplicación se extenderá a todo el país. Entonces, la empresa invocó los arts. 9.1 y 25.1 de la Constitución e impugnó la Ley de Reforma y el art. 25.A de la Ley de Actualización. Afirmó que su

derecho a la igualdad ante la ley y su derecho a la igual protección y beneficio de la ley estaban restringidos injustificadamente por la exclusión del art. 3 de la extensión de la aplicación territorial de la Ley de Actualización. En cuanto a la privación de los bienes, sostuvo que la exclusión no le permitía acceder a la posesión legalmente segura de la tierra que el art. 3 podría concederle.

La High Court sostuvo que la exclusión de la aplicación en todo el país de la Ley de Actualización prevista en el art. 3 vulneraba el art. 9 de la Constitución. Asimismo, concluyó que la exclusión negaba a Teba Trust la oportunidad de que su derecho se convierta en un derecho a la propiedad, lo cual constituye una privación de bienes, que el art. 25.1 de la Constitución prohíbe. La High Court declaró que el art. 1 de la Ley de Reforma y el art. 25.A de la Ley de Actualización son inconstitucionales porque excluyen la aplicación del art. 3 de la Ley de Actualización en toda la República. A fin de subsanar el defecto, la High Court declaró que el art. 25.A debería interpretarse en el sentido de que no hace referencia al art. 3.

Teba Trust solicitó la confirmación de la declaración de inconstitucionalidad dictada por la High Court a la Corte Constitucional de Sudáfrica.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Sudáfrica confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la High Court y declaró que, a partir de la fecha de la sentencia, el art. 25.A de la Ley de Actualización debería interpretarse en el sentido de que no hace referencia al art. 3. Asimismo, declaró que la municipalidad y el Ministerio de Desarrollo Rural y Reforma Agraria debían pagar las costas de los recurrentes.

La Corte Constitucional consideró que, cuando se trata de determinar si una disposición impugnada vulnera el art. 9.1 de la Constitución, deben aplicarse las consideraciones establecidas en el caso *Harksen vs. Lane*. En una primera fase es preciso determinar si la disposición establece una diferenciación entre personas o categorías de personas. Luego, es posible pasar a una segunda fase en la que se determina si existe un vínculo razonable entre la diferenciación en cuestión y un propósito legítimo del gobierno.

Por otra parte, la Corte Constitucional sostuvo que el art. 25.A de la Ley de Actualización establece una diferenciación entre los poseedores de derechos de tenencia de la tierra, ya que no permite que quienes se encuentran en los estados TBVC y poseen derechos regulados por el art. 3 los conviertan en derechos de propiedad. Por el contrario, quienes poseen los mismos derechos pero se encuentran en áreas que formaban parte de la antigua Sudáfrica a partir de 1991 están habilitados para convertir sus derechos en derechos de propiedad. En relación con la segunda fase, la Corte sostuvo que el Ministerio de Desarrollo Rural y Reforma Agraria no había identificado ningún propósito perseguido por la diferenciación. Por ello, la disposición impugnada restringe los derechos previstos en el art. 9.1 de la Constitución.

La Corte Constitucional examinó si la limitación establecida cumplía con las exigencias del art. 36 de la Constitución, según las cuales la restricción de un derecho establecido en la Carta de Derechos debe ser razonable y justificable en una sociedad

abierta y democrática fundada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad. La Corte concluyó que, en este caso, la limitación implicaba una diferenciación irracional que no podía ser justificada. Finalmente, afirmó que millones de sudafricanos siguen viviendo en el 13 % de la tierra que les fuera otorgada en 1913. Ello se debe a que los estados TBVC a los que fueron trasladados por la fuerza estaban ubicados en ese 13 % de tierra. Actualmente, esas personas siguen teniendo derechos de posesión de la tierra inseguros, concedidos durante el *apartheid*. Muchas de ellas acceden a la tierra mediante un permiso de ocupación emitido por las autoridades, pero que no se compadece con la Constitución, que impone al Estado la obligación de respetar, proteger y promover los derechos establecidos en la Carta de Derechos.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA**, *Herbert N.O. and Others v Senqu Municipality and Others*, sentencia del 22-8-2019, en <https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/36587/Full%20judgment%20Official%20version%2022%20August%202019.pdf?sequence=43&isAllowed=y>.



## **Derecho del trabajo. Derecho a la estabilidad laboral. Derecho a la seguridad jurídica. (Bolivia).**

**Antecedentes del caso:** en marzo de 2015, Ecofruit Ltda. contrató de modo verbal a Anel Tirina Tuchani como de revisadora de castaña. Se desempeñó en ese cargo hasta septiembre de ese año, pero siguió trabajando en la empresa hasta agosto de 2017. En paralelo, fue elegida secretaria de régimen interno y estadística del sindicato hasta mayo de 2017. En enero de 2018, reingresó a la empresa y reinició sus actividades laborales hasta el 30 de octubre. En febrero de 2019 se volvió a presentar para incorporarse nuevamente, pero el representante legal de Ecofruit Ltda. le dijo que ya no se la contrataría debido a que se la consideraba una trabajadora revoltosa que siempre causaba problemas y pretendía organizar sindicatos dentro la empresa.

Por ello, acudió ante la Jefatura Regional de Trabajo de Riberalta, del departamento de Beni, para presentar una solicitud de reincorporación de acuerdo con el Decreto Supremo (DS) 28699 y el art. 48.II y III de la Constitución Política del Estado (CPE). Se llevó a cabo un proceso administrativo y, mediante la Conminatoria 001/2019, la jefatura dispuso que se le restituyera su puesto de trabajo en el plazo de cinco días a partir de la notificación.

Dado que la decisión de la jefatura no se había hecho efectiva, Anel Tirina Tuchani interpuso una acción de amparo constitucional. Alegó que se habían lesionado sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral y la seguridad jurídica, y citó los arts. 14, 46.I.1 y 2, 48.I, II, III y IV, 115 y 178 de la CPE; el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los arts. 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Solicitó que se le concediera

la tutela y la restitución inmediata de su fuente laboral con todos los beneficios sociales que contaba antes del despido, y que se condenara a la empresa al pago de costas procesales, daños y perjuicios.

El juez público en lo Civil y Comercial y de Familia de Riberalta, constituido en juez de garantías, concedió la tutela solicitada mediante la Resolución 003/2019. Dispuso que se cumpliera la Conminatoria 001/2019 emitida por la Jefatura Regional de Trabajo de Riberalta. Sostuvo que: a) se había demostrado la relación laboral entre la accionante y la empresa demandada en el marco de la Ley 3274 —Ley del Trabajo Asalariado del Beneficiado de la Castaña—, así como la preferencia de la que gozaba la trabajadora respecto a su recontractación; b) la relación laboral entre empleador y empleada no había finalizado, ya que el pago correspondía a la finalización del periodo de zafra, y c) la Ley 3274 establece que el trabajo en el proceso productivo de la castaña es de carácter definitivo y que los empleadores tienen la obligación de contratar preferentemente a quienes prestaron sus servicios en gestiones productivas anteriores y garantizar su estabilidad laboral.

La resolución fue revisada por la Sala Cuarta Especializada del Tribunal Constitucional Plurinacional.

**Sentencia:** la Sala Cuarta Especializada del Tribunal Constitucional Plurinacional confirmó la Resolución 003/2019. Concedió la tutela solicitada y dispuso el cumplimiento de la Conminatoria 001/2019 en los mismos términos en que había sido dictada.

1. La accionante denunció que Ecofruit Ltd. la había despedido injustificadamente. La Jefatura Regional de Trabajo de Riberalta, mediante la Conminatoria 001/2019, ordenó a la empresa reincorporar a la trabajadora a su puesto, pero la disposición no fue cumplida. Por ello, la demandante interpuso una acción de amparo constitucional y alegó que la demandada había vulnerado sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral y la seguridad jurídica, ya que no la reincorporó como revisadora de castaña para la gestión 2019.

2. Los derechos denunciados y cuya restitución ha sido ordenada por la autoridad administrativa laboral, abren la posibilidad de solicitar protección por vía constitucional. La demandada puede acudir ante la instancia administrativa laboral o a la Justicia del trabajo para impugnar la decisión de la jefatura. Sin embargo, mientras se tramita su recurso, no puede incumplir lo dispuesto.

3. El art. 46.I.2 y II de la CPE dispone: “I. Toda persona tiene derecho: (...) 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias. II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas”, concordante con el art. 48 de la CPE, que establece: “I. Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio. II. Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores (...); de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador”. Finalmente, el art. 49.III de la CPE indica, “El Estado protegerá la estabilidad laboral. Se prohíbe el despido injustificado y toda forma de acoso laboral”.

4. En este caso, la parte patronal incumplió una determinación de la autoridad laboral que había ordenado reincorporar a Anel Tirina Tuchani en el plazo de cinco días, con el fin de proteger el derecho a la estabilidad laboral. Por lo dicho, teniendo en cuenta los antecedentes del caso y la legislación aplicable, correspondía conceder la tutela solicitada.

5. El Tribunal Constitucional Plurinacional entendió que resultaba imperativo aplicar, interpretar y pronunciarse favorablemente respecto de los derechos laborales vulnerados, y que fueron previamente reconocidos y restablecidos por la instancia administrativa laboral competente.

No obstante, destacó que la tutela que concedía tenía un carácter extraordinario y provisional, ya que Ecofruit Ltda. podía activar las vías de impugnación que considerara convenientes para objetar la Conminatoria 001/2019. Sin embargo, entretanto, esa decisión debía ser cumplida en los términos en que había sido dispuesta.

En consecuencia, el juez de garantías, al conceder la tutela, realizó un correcto análisis de los antecedentes y de las normas aplicables al caso.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sala Cuarta Especializada,** acción de amparo constitucional interpuesta por Anel Tirina Tuchani c. Bernardino Javier Aranda Crespo, representante legal de la empresa Ecofruit Limitada (Ltda.), Expte. 30247-2019-61-AAC, departamento de Beni, sentencia del 18-12-19, en [https://buscador.tcpbo-livia.bo/servicios/\(S\(0c3eu3qsr3xwscn5t2acub5c\)\)/WfrMostrarResolucion.aspx?b=165424](https://buscador.tcpbo-livia.bo/servicios/(S(0c3eu3qsr3xwscn5t2acub5c))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=165424).




---

## **Derecho del trabajo. Derecho de los consumidores. Libre iniciativa y libre competencia. Defensa del consumidor. (Brasil).**

**Antecedentes del caso:** el ayuntamiento de San Pablo presentó un recurso extraordinario para cuestionar la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado, que había declarado inconstitucional la Ley Municipal 16279/2015. Esa norma prohibía, en la capital paulista, el transporte individual de personas a título oneroso en vehículos particulares contratados a través de aplicaciones móviles.

**Sentencia:** por unanimidad, el Tribunal Supremo Federal de Brasil desestimó el recurso extraordinario y resolvió que la prohibición o restricción, mediante ley municipal, del transporte individual de pasajeros por conductores registrados en aplicaciones era inconstitucional, ya que representaba una violación de los principios constitucionales de libre iniciativa y libre competencia. Le otorgó efecto *erga omnes* a la sentencia, por lo que resulta aplicable a regulaciones similares que puedan dictarse en el futuro.

Las tesis de repercusión general propuestas por el relator del caso, Luís Roberto Barroso, y aprobadas por el pleno fueron:

1. Es inconstitucional prohibir o restringir la prestación del servicio de transporte privado e individual por conductores registrados en aplicativos, puesto que se vulneran los principios de la libre iniciativa y la libre competencia.

2. En el ejercicio de sus atribuciones para reglamentar y fiscalizar el servicio de transporte privado e individual de pasajeros, los municipios y el Distrito Federal no pueden contradecir los parámetros establecidos por el legislador federal.

Barroso destacó que la libre iniciativa era uno de los pilares del Estado brasileño, junto con el valor social del trabajo, y que el modelo previsto en la Constitución era el de la economía de mercado. Para el ministro, una ley no puede limitar arbitrariamente una determinada actividad económica, a menos que exista alguna base constitucional.

El Tribunal Supremo Federal consideró que las normas que prohibieran o restringieran de manera desproporcionada el servicio de transporte privado e individual de pasajeros eran inconstitucionales. Argumentó que no había reglas ni principios que prescribieran la exclusividad de los taxis en el mercado de transporte individual de pasajeros. Agregó que era contrario al régimen de libre iniciativa y libre competencia crear reservas de mercado en favor de agentes económicos ya establecidos con el propósito de reducir el impacto generado por la innovación en el sector. También señaló que la posibilidad de que el Estado intervenga para preservar la competencia y proteger a los consumidores no podía afectar o eliminar la libre iniciativa, al punto de menoscabar sus elementos esenciales. Además, el tribunal indicó que, en un régimen constitucional fundado en la libre iniciativa, el legislador no tenía amplia discrecionalidad para suprimir espacios relevantes de iniciativa privada.

En cuanto a la naturaleza del servicio, el tribunal señaló que un vehículo de Uber, por ejemplo, no era un “taxi sin habilitación”, sino un servicio diferente al taxi y al remis y regulado por el derecho de fondo. Además, de acuerdo con la sentencia, hasta el surgimiento de los intermediarios digitales, los agentes preestablecidos en el mercado no se oponían al transporte privado de pasajeros, regulado por el art. 730 del Código Civil. La razón es que no había amenazas concretas sobre el monopolio “de hecho” que existía en el sector. La creación de un instrumento para conectar a los interesados en prestar el servicio privado con quienes deseaban contratarlo (como Uber y otras aplicaciones similares) afectó la dominación ejercida por los taxistas. Sin embargo, la innovación tecnológica y el consecuente fin de la actuación casi exclusiva de los taxistas no alteran la naturaleza de las contrataciones. La oferta de servicio de transporte por conductores particulares era y continúa siendo una actividad privada. Esta postura fue reafirmada por el legislador al incluir, en la Ley Nacional de Movilidad Urbana (Ley 12587/2011), la referencia al “transporte remunerado individual” (art. 4º, inc. X).

Del mismo modo, el tribunal argumentó que, dado que no tuvieron competencia de ningún tipo durante mucho tiempo, los servicios tradicionales de transporte de pasajeros se habían vuelto ineficientes, caros, incómodos y riesgosos en comparación con las nuevas tendencias surgidas de la innovación tecnológica. Agregó que el poder disciplinador del mercado y la libre competencia puede corregir las fallas

existentes en la prestación del servicio. Explicó que los monopolios, de una manera general, en cualquier área, producían ineficiencia y, con frecuencia, corrupción. Para los usuarios, implicaba tener que pagar un precio alto y soportar el mal estado de los vehículos y la actitud poco respetuosa de los conductores. Sin embargo, el tribunal destacó que la aparición de la competencia, a través de conductores registrados en aplicaciones móviles, había generado que el servicio de taxi sufriera modificaciones significativas, ya que había mejorado tanto el trato de los choferes como la calidad de los automóviles. Por lo tanto, la convivencia de regímenes de regulación distintos en el mercado de transporte individual de pasajeros tuvo un impacto positivo en la calidad de los servicios, inclusive en los que ofrecían los taxis.

En síntesis, el tribunal concluyó que la competencia generaba una mejora de la calidad de los servicios brindados en un sector, y no solo en cuanto al servicio de quien ingresaba al mercado, sino también en cuanto al que prestaba el actor preestablecido. De este modo, resultaban beneficiados el consumidor y la sociedad como un todo. El tribunal observó otros beneficios del ingreso de nuevos actores en el mercado: muchos usuarios habían logrado acceder a lugares a los que antes no podían hacerlo con los taxis, como barrios carenciados a los que algunos taxistas se negaban a entrar, y muchas personas utilizaban las aplicaciones para llegar o salir de una estación de tren o subte o de una parada de ómnibus, con lo cual se atendía una demanda que había estado reprimida. También afirmó que estos servicios tenían potencial para disminuir la cantidad de vehículos en circulación y, por ende, optimizar el tránsito en las ciudades y reducir las emisiones de dióxido de carbono.

Por otro lado, el tribunal se refirió a los límites de las atribuciones municipales de regular el transporte dentro de sus territorios y de ejercer el poder de policía. Indicó que la Ley Municipal 16279/2015 de San Pablo era inconstitucional por violar los principios de libre iniciativa y libre competencia. Pero agregó que también era inconstitucional la sanción de una regulación y un ejercicio del poder de policía que, en la práctica, tornaran inviable la actividad. Por lo tanto, aseguró que las atribuciones municipales de regular y ejercer el poder de policía sobre la actividad de transporte privado no podían ser ejercidas de modo tal que, de manera subrepticia o implícita, prohibieran, en la práctica, la prestación del servicio por parte de Uber y otras aplicaciones.

En consecuencia, no solo es inconstitucional una prohibición expresa de este tipo de servicios, sino también lo es una prohibición implícita, que surja de la aplicación de normas excesivamente restrictivas. Si los actos normativos imponen restricciones a los servicios prestados mediante las nuevas tecnologías, esas restricciones deben ser coherentes con el sistema constitucional de libre iniciativa. El tribunal afirmó que la legislación infraconstitucional no podía, entonces, excluir a la libre iniciativa, a menos que una norma constitucional específica otorgara fundamentos válidos para imponer una restricción. En este punto, argumentó que no existía ninguna regla ni principio constitucional que prescribiera un modelo específico de transporte individual de pasajeros. Por lo tanto, concluyó que la sanción de leyes o actos normativos prohibitivos, sobre la base de una inexistente exclusividad del modelo de los taxis, no era coherente con el régimen constitucional de libre iniciativa. En

otras palabras, para el tribunal, la garantía individual de iniciar y continuar una actividad económica implica un deber correlativo para el Estado de abstenerse de aplicar restricciones desproporcionadas.

**TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL**, *RE 1054110*, sentencia del 9-5-2019, en <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341025600&ext=.pdf>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410556>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410656&caixaBusca=N>.




---

**Derecho del trabajo. Principios constitucionales de la libre iniciativa y del valor social del trabajo, de la libertad profesional, de la libre competencia y de la igualdad. Imposibilidad de restringir la entrada en un mercado. Medida desproporcionada. Derecho de los consumidores. Defensa del consumidor. (Brasil).**

**Antecedentes del caso:** el Partido Social Liberal presentó una acción por incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 449) contra la Ley 10553/2016 de la ciudad de Fortaleza, que prohibía el uso de vehículos particulares, registrados o no en aplicaciones o plataformas web, para el transporte individual remunerado de personas y establecía una multa de 1400 reales para el conductor del vehículo.

El accionante cuestionó la constitucionalidad de la norma y alegó la violación de las competencias propias del Estado federal, la restricción arbitraria de los derechos constitucionales al ejercicio de la actividad económica por particulares, a la libre iniciativa, a la libertad profesional y a la libre competencia y la vulneración de los derechos de usuarios y consumidores.

**Sentencia:** el Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, concedió la acción por incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 449). El pleno resolvió que la prohibición o restricción desproporcionada de la actividad de transporte individual de pasajeros (sea realizada o no a través de aplicaciones) era inconstitucional, ya que representaba una violación a diversos principios constitucionales, como los de libre empresa y libre competencia. Aclaró que correspondía otorgar carácter *erga omnes* a su decisión para prevenir regulaciones similares que pudieran surgir en el futuro.

El ministro Luiz Fux, relator del caso, argumentó que la ley municipal que restringía el uso de automóviles privados para el transporte individual remunerado de personas violaba los principios de la libre empresa, del valor social del trabajo, de la libre competencia y de la libertad profesional, además de la protección del consumidor. En su opinión, el conductor privado está protegido por la libertad

fundamental y está sujeto únicamente a la regulación definida por la ley federal. Aseguró que, en este caso, el Marco Civil de Internet (Ley 12965/2014) y la Política Nacional de Movilidad Urbana (Ley 12587/2012) eran normativas federales que garantizaban el funcionamiento de los servicios pagos de transporte de pasajeros mediante aplicaciones.

El Tribunal Supremo Federal consideró que la norma municipal cuestionada limitaba en forma desproporcionada las libertades de iniciativa (arts.1 y 170 CFB) y de profesión (art. 5 CFB) y, en consecuencia, generaba un mercado oligopólico que beneficiaba a ciertos grupos y perjudicaba a la comunidad. Además, destacó que el análisis empírico demostraba que los servicios de transporte privado que se prestan a través de aplicaciones no afectaban el mercado de trabajo de los taxistas.

El Tribunal Supremo Federal manifestó que una ley que restringía el acceso a nuevos competidores solo podía favorecer la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las ganancias. En Brasil, de acuerdo con el tribunal, el marco regulatorio de los taxis se basa en la concesión de licencias a un grupo limitado de individuos, de forma tal que el permiso otorgado no le genera un beneficio a la sociedad, sino a los pocos que lucran a partir de la limitación gubernamental. Los principios constitucionales de igualdad, libre iniciativa y libre competencia son contrarios a que el Estado impida el ingreso de nuevos actores en el mercado para preservar la ganancia de los actores tradicionales. Además, la prohibición legal de prestar libre y profesionalmente el servicio de transporte individual remunerado a quienes lo ofrecen mediante aplicaciones vulnera el principio de la búsqueda del pleno empleo (establecido en el art. 170 de la Constitución), pues no permite que ingresen al mercado personas interesadas en cambiar de actividad como consecuencia de la crisis económica. De este modo, se promueve en forma indebida que se mantenga el valor de las licencias de taxis.

Por otro lado, el tribunal afirmó que dos normas federales, el Marco Civil de Internet (Ley 12965/2014) y la Política Nacional de Movilidad Urbana (Ley 12587/2012), garantizaban el funcionamiento de los servicios remunerados de transporte de pasajeros prestados a través de aplicaciones. También destacó que los conductores particulares estaban protegidos por la libertad fundamental para prestar sus servicios, de acuerdo con el art. 5 de la Constitución, y que estaban sujetos solamente a la regulación proporcionalmente definida por las leyes federales.

Según el tribunal, diversos métodos de investigación empírica demostraron que los consumidores obtenían beneficios gracias al ingreso de nuevos competidores, que pudieron establecerse en el mercado de transporte individual con servicios de calidad y por precios inferiores o semejantes a los tradicionales. En este sentido, un estudio realizado por el Departamento de Estudios Económicos del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) comprobó que el surgimiento de la plataforma Uber había significado, en realidad, una ampliación del mercado, lo que había implicado la captación de consumidores que antes no utilizaban taxis para su movilidad. Por lo tanto, los servicios de transporte mediante aplicaciones no disminuirían el mercado de actuación de los taxis. En síntesis, la prohibición de

los nuevos tipos de servicios de transporte genera un efecto inverso al pretendido y no protege al consumidor. En relación con esto, el tribunal señaló que las normas restrictivas de la actividad de transporte individual eran una forma de transferencia de recursos de los consumidores, que carecían de nuevas alternativas, hacia los titulares de licencias de taxis, que podían fijar tarifas manifiestamente superiores al precio de mercado.

Por otro lado, la Carta Magna exige que los legisladores, cuando deban regular el ordenamiento de las ciudades, opten por las medidas que no restrinjan en forma injustificada las libertades básicas de iniciativa y ejercicio profesional (arts. 1, 5 y 170). Del mismo modo, la necesidad de mejorar el uso de las vías públicas no justifica la creación de un oligopolio perjudicial para los consumidores y para potenciales prestadores del servicio, sobre todo porque hay pruebas evidentes de que las aplicaciones de transporte favorecen la fluidez del tránsito. La prohibición les niega a los ciudadanos el derecho a la movilidad urbana eficiente y contradice lo dispuesto en el art. 144 de la Constitución (apartado incluido por la Enmienda Constitucional n.º 82/2014).

El tribunal observó que las actividades económicas y profesionales ejercidas por particulares debían ser protegidas de la coerción arbitraria del Estado. Advirtió que era competencia del Poder Judicial, a la luz del mecanismo de frenos y contrapesos establecidos en la Constitución brasileña, invalidar los actos normativos que restringieran en forma desproporcionada la libre iniciativa y la libertad profesional. Agregó que, dado que la protección de las libertades era una característica esencial del sistema constitucional, la restricción gubernamental quedaba reservada para situaciones excepcionalísimas y debidamente justificadas.

Por otro lado, el tribunal también señaló que el Estado poseía competencia privativa para legislar sobre directrices de política nacional de transporte, tránsito y condiciones para prestar servicios profesionales, pero no los municipios. Agregó que las leyes ordinarias federales no podían delegar esa competencia legislativa en organismos inferiores. Además, aseguró que una acción por incumplimiento de un precepto fundamental era procedente para cuestionar la validez de una ley municipal. Argumentó que constituía un parámetro para hacer valer una regla básica establecida en la Constitución, más allá de que también correspondiera, en principio, el control del tribunal de alzada competente.

El tribunal consideró que, aunque la norma en análisis estuviera derogada, la acción promovida no carecía de objeto, sobre todo por la necesidad de precisar tanto el régimen aplicable a las relaciones jurídicas establecidas durante la vigencia de la ley como la normativa similar que regía en otros municipios.

Otro punto central que subraya el tribunal es que el servicio prestado a través de la plataforma Uber no es igual al servicio que brindan los taxistas. Dado que son servicios sustancialmente diferentes, no pueden ser analizados a partir del mismo marco regulatorio. En consecuencia, a un conductor de Uber no se le puede exigir una licencia de taxi. Así, si se creara una licencia para los conductores de Uber y aplicaciones similares, deberían cumplir con la regulación, siempre y cuando no implique una limitación excesiva de la actividad o una prohibición.

En relación con esto, el tribunal destacó las diferencias entre el servicio prestado mediante aplicaciones móviles, como Uber, y el servicio de taxis. Por ejemplo, los conductores contratados mediante aplicaciones móviles no pueden levantar pasajeros en las calles (sistema conocido como bajada de bandera), que es exclusivo para taxis. Del mismo modo, las autoridades otorgan a los taxis, y no a los servicios privados de transporte, puntos específicos de embarque privilegiado, como aeropuertos y terminales, espacios reservados para el estacionamiento en la vía pública, exenciones tributarias para adquirir la compra de vehículos y vías exclusivas de tránsito. Por eso, el tribunal consideró que las diferencias señaladas eran suficientes para desestimar el argumento de que habría competencia desleal si se admitiera el funcionamiento de los servicios de transporte privado mediante aplicaciones móviles sin exigirles licencia municipal.

Otra diferencia entre ambos servicios, según el tribunal, consiste en la posibilidad que tiene el usuario de las aplicaciones de hacer un seguimiento del trayecto para impedir que el conductor elija innecesariamente un camino más largo o de conocer de antemano las calificaciones y comentarios de otros usuarios sobre el desempeño del conductor.

En cuanto a la naturaleza diferente de ambos servicios, el tribunal indicó que el transporte público individual era un servicio de transporte de pasajeros remunerado abierto al público, que utilizaba autos de alquiler para realizar viajes individuales. Incluyó dentro de esta categoría a los taxis, como un servicio de utilidad pública. En cambio, sostuvo que los vehículos de aplicaciones móviles (Uber, Cabify, Pop, 99, entre otros) implicaban un transporte remunerado privado e individual de pasajeros, que, según la norma aplicable, era un servicio remunerado de transporte de pasajeros, no abierto al público, para la realización de viajes individualizados o compartidos, solicitados exclusivamente por usuarios previamente registrados en las aplicaciones móviles u otras plataformas de comunicación en red.

El tribunal también destacó ciertos beneficios de los servicios de transporte mediante aplicaciones. Señaló, a partir de estudios elaborados por especialistas, que los servicios de *ride-sharing* (modalidad que tienen las aplicaciones para compartir viajes entre varios usuarios) disminuían significativamente el tránsito en áreas urbanas. Otros beneficios son: el usuario puede hacer un seguimiento del trayecto que realizará; se impide la adulteración de taxímetros; los usuarios pueden calificar a los conductores y conocer las calificaciones dadas por otros usuarios; los pasajeros pueden compartir viajes, lo que abarata el servicio y torna más eficiente el sistema de transporte en su conjunto.

En síntesis, el tribunal afirmó que el objetivo perseguido por el regulador en la norma municipal era inconstitucional, ya que los principios constitucionales de libre iniciativa, libertad profesional, igualdad y amplia competencia impedían acciones legislativas y administrativas que preservaran los intereses de los actores tradicionales del mercado en detrimento de los actores nuevos y de los consumidores. Subrayó que el análisis de proporcionalidad permitía establecer que la ley impugnada no era necesaria ni adecuada para reducir costos de transacción o asimetrías de información en el mercado de consumo. Por el contrario, observó que la prohibición imponía

un alto costo social en términos de precio y calidad de servicios al consumidor, oportunidades de trabajo o dinamismo de la economía, sin ningún beneficio colectivo como contrapartida. Concluyó que, en este caso, no había ninguna razón legítima para admitir medidas restrictivas de la libertad.

**TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL**, *ADPF 449*, sentencia del 8-5-2019, en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410556>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410656&caixaBusca=N>.




---

**Derecho internacional público. Acto de doctrina del Estado. Derecho internacional consuetudinario. *Ius cogens*. Trabajos forzados. Esclavitud. Tratos crueles, inhumanos y degradantes. Crímenes contra la humanidad. Derechos humanos. (Canadá).**

**Antecedentes del caso:** en 1995, en Eritrea fue establecido el Programa de Servicio Nacional que exigía a los eritreos de 18 años cumplir con un año y medio de conscripción. Debían realizar el servicio militar y/o ayudar en la construcción de proyectos públicos de interés nacional. En 2002, el período de conscripción se extendió indefinidamente y los conscriptos fueron forzados a trabajar, con un salario mínimo, en varias compañías de propiedad de militares de alto rango y funcionarios de partidos políticos. Algunos de ellos trabajaron en la mina Bisha, productora de oro, cobre y zinc y una de las mayores fuentes de ingresos de la economía eritrea. La mina pertenece en un 40 % a la corporación eritrea BishaMining Share Company y en un 60 % a la compañía canadiense Nevsun Resources Ltd.

En la mina, los conscriptos debían trabajar en condiciones sumamente rigurosas durante un período de tiempo indefinido. Para asegurar su obediencia, eran castigados severamente. A los que estaban enfermos y no regresaban a su trabajo después de cinco días, se les retenía la paga, que era de USD 30 por mes.

Tres conscriptos, Arata, Fshazion y Tekle, que trabajaron en la mina entre 2008 y 2010, eran obligados a cumplir por lo menos doce horas diarias de trabajo, durante seis días a la semana y a temperaturas cercanas a los 50° C. Los tres escaparon de Eritrea hacia Canadá entre 2011 y 2013. En 2014, en calidad de refugiados, demandaron a Nevsun por su responsabilidad en el trabajo forzado y esclavo, en los tratos crueles y degradantes, en el confinamiento ilegal y en crímenes contra la humanidad. Asimismo, acusaron a la compañía de violar el derecho internacional consuetudinario y sostuvieron que los tribunales canadienses debían declararla responsable por los perjuicios que habían sufrido. Nevsun, por su parte, invocó el “acto de doctrina del Estado”, que prohíbe a los tribunales nacionales juzgar los actos soberanos de gobiernos extranjeros, como sería, en este caso, el

Programa de Servicio Nacional de Eritrea. Por otro lado, Nevsun consideró que las alegaciones de los refugiados sobre el derecho internacional consuetudinario no podían prosperar.

En 2016, el Tribunal Supremo de Columbia Británica desestimó en su totalidad la solicitud de Nevsun para que se declarara inadmisibile el caso. La Corte de Apelaciones confirmó el fallo del tribunal de primera instancia en noviembre de 2017. Entonces, la compañía recurrió ante la Suprema Corte de Canadá.

**Sentencia:** la Suprema Corte de Canadá desestimó el recurso interpuesto por Nevsun.

La Suprema Corte sostuvo que, en la jurisprudencia canadiense, el acto de doctrina del Estado y sus principios subyacentes no constituían un obstáculo para los reclamos de los trabajadores eritreos. En efecto, agregó que el acto de doctrina del Estado no ha jugado ningún papel en el derecho canadiense ni forma parte del *common law* del país. Por cierto, los principios de conflicto de leyes y de restricción judicial, que subyacen al acto de doctrina del Estado, se han desarrollado por separado en la jurisprudencia canadiense. Los tribunales dirimen cuestiones vinculadas con la aplicación de legislación extranjera de conformidad con los principios del derecho internacional privado, que, en general, exigen deferencia, pero permiten que la discrecionalidad judicial rechace la aplicación de leyes extranjeras cuando sean contrarias al orden público o no respeten el derecho público internacional.

La Suprema Corte sostuvo que dentro del derecho internacional consuetudinario existe un subgrupo de normas llamadas *ius cogens* o normas imperativas, que no admiten ninguna alteración de su contenido, y que los trabajadores eritreos no solo habían denunciado una violación de normas del derecho internacional consuetudinario, sino también de esas normas. En efecto, la prohibición de la esclavitud, el trabajo forzado y cruel y los tratos inhumanos y degradantes han alcanzado el estatus de *ius cogens*.

Dado que el derecho internacional consuetudinario es parte del *common law* canadiense, en teoría, una violación de ese derecho por parte de una compañía canadiense puede ser remediada en forma directa. Por esa razón, en tanto los trabajadores eritreos invocaron normas que forman parte del *common law* canadiense, no resulta lisa y llanamente obvio —como sostiene Nevsun— que el *common law* canadiense sea incapaz de aplicar directamente un remedio para este caso. Para resolver adecuadamente las violaciones de las normas de *ius cogens* y del derecho internacional consuetudinario, es preciso encontrar respuestas diferentes y más firmes que para los reclamos por daños y perjuicios, debido al carácter público y relevante de los derechos vulnerados, la gravedad de la violación, el impacto en los derechos nacionales e internacionales y la necesidad de prevenir ulteriores violaciones.

Por todas esas razones, la Suprema Corte concluyó que, si bien no se le había solicitado determinar si los trabajadores eritreos debían ser resarcidos por las presuntas violaciones del derecho internacional consuetudinario, las violaciones a las normas de *ius cogens* invocadas por los refugiados podían ser aplicadas a Nevsun. La Suprema Corte consideró que, dado que las normas del

derecho internacional consuetudinario invocadas forman parte del *common law* canadiense y que Newsun es una compañía canadiense, las reclamaciones de los trabajadores eritreos podían continuar su curso.

**SUPREMA CORTE DE CANADÁ**, *Newsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, sentencia del 28-2-2020, en <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2020/2020scc5/2020scc5.html>.



### **Derecho penal. Delitos sexuales contra niños. Pedofilia. Prueba: obtención por medios ocultos. Legalidad. Expectativa razonable de privacidad. Art. 8 CEDH. (Reino Unido).**

**Antecedentes del caso:** un miembro del llamado “grupo de cazadores de pedófilos” de la ciudad de Glasgow, Escocia, creó un perfil falso en Grindr una aplicación de citas con una fotografía de un adolescente de 13 años, a fin de —a modo de señuelo— atraer personas con interés sexual por los menores.

El recurrente Sutherland se comunicó con el señuelo, le envió imágenes con contenido sexual y lo invitó por WhatsApp a una cita. Al lugar del encuentro acudieron varios miembros del grupo, quienes permanecieron allí hasta la llegada de la policía, a la que le entregaron copias de las comunicaciones como prueba contra Sutherland.

El fiscal presentó los siguientes cargos contra Sutherland: a) tentativa de inducir a un adolescente de entre 13 y 16 años de edad a observar una imagen con contenido sexual para obtener gratificación sexual, en violación del art. 33 de la Ley de Delitos Sexuales (2009); b) tentativa de comunicarse de manera indecente con un joven de esa edad, en violación del art. 34 de la misma ley, y c) tentativa de encontrarse con el adolescente a fin de mantener actividad sexual ilegal, en violación del art. 1.º de la Ley de Protección de la Niñez y Prevención de los Delitos Sexuales (Escocia, 2005).

Sutherland objetó la admisibilidad de las pruebas tenidas en cuenta por el fiscal. Alegó que habían sido obtenidas de manera oculta, sin la autorización que exige la *Regulation of Investigatory Powers Act* (Ley de Regulación de los Poderes de Investigación de Escocia, 2000) y en violación de los derechos garantizados por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Las objeciones fueron desestimadas y Sutherland fue condenado por los cargos mencionados. El accionante, entonces, interpuso un recurso de apelación ante la *High Court of Justiciary*, que fue rechazado. Sin embargo, a Sutherland se le otorgó permiso para recurrir ante la Suprema Corte del Reino Unido por dos cuestiones vinculadas con si la autoridad pública, en virtud del art. 6.1 de la *Human Rights Act* de 1998, había actuado de manera ilegal.

Sutherland planteó dos cuestiones: 1) si, en relación con el tipo de comunicaciones utilizadas por él y por el grupo, los derechos garantizados por el art. 8 CEDH pueden ser afectados por el uso de aquellas como prueba en un juicio público y 2) hasta qué punto la obligación que recae en el Estado de proveer una protección adecuada de los derechos garantizados por el art. 8 resulta incompatible con la utilización, por parte de un fiscal, de material provisto por “grupos de cazadores de pedófilos” en la investigación y el enjuiciamiento de un delito.

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

El recurrente sostuvo que existía una injerencia en su derecho al respeto por la vida privada y la correspondencia, garantizado por el art. 8.1 CEDH, y que el fiscal debía demostrar, en virtud del art. 8.2, que esa injerencia estaba justificada. La Suprema Corte consideró que no había habido injerencia alguna dada la naturaleza misma de las comunicaciones, a las que no correspondía aplicar lo dispuesto en el art. 8. Además, señaló que el accionante no podía tener ninguna expectativa de privacidad en relación con las comunicaciones. La Suprema Corte consideró que las disposiciones del art. 8.1 implicaban que las características de la vida privada y de la correspondencia debían respetarse según el marco de los valores que la Convención Europea de Derechos Humanos protegía y promovía. Los Estados parte tienen la responsabilidad especial de proteger a los niños contra la explotación sexual por parte de los adultos. En este caso, dada la falta de vigilancia estatal y que se trata del equilibrio entre los intereses de los niños y los de una persona implicada en una conducta delictiva, la naturaleza reprobable de las comunicaciones en cuestión impide que sean protegidas por el art. 8.1. Fundamentalmente, los intereses de los niños tienen prioridad sobre los intereses de un pedófilo. Es más, la Suprema Corte observó que la prohibición de abuso de los derechos establecida en el art. 17 CEDH confirmaba la conclusión de que la conducta delictiva en cuestión no debía beneficiarse de los efectos del art. 8.1.

La Suprema Corte consideró que un indicador importante de si el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia estaban comprometidos en el caso consistía en evaluar si la persona tenía una expectativa razonable de privacidad en relación con las comunicaciones. Lo cierto es que las comunicaciones del recurrente fueron enviadas directamente a la persona que actuó como señuelo y no existía una relación previa entre ellos de la que se pudiera inferir una expectativa de privacidad. Por otro lado, la circunstancia de que el accionante solicitara al señuelo que mantuviera las comunicaciones en privado no implicaba la existencia previa de una relación de confidencialidad. Asimismo, el recurrente creía estar comunicándose con un adolescente de 13 años, del que podía esperarse que compartiera con un adulto su preocupación por una comunicación inquietante. Por otra parte, el accionante podría haber tenido una expectativa razonable de privacidad en relación con una posible vigilancia policial o una intromisión del público en general, pero no en relación con el señuelo. Además, una vez que la prueba había pasado a manos de la policía, el recurrente no podía tener una expectativa razonable de que tanto la policía como el fiscal la trataran como confidencial. En efecto, para la CEDH, el enjuiciamiento

efectivo de delitos graves cometidos contra niños es parte del régimen de disuasión que un Estado debe instaurar.

Asimismo, la Suprema Corte consideró que el Estado no tenía una obligación positiva de proteger los intereses del recurrente que pudiese impedir al fiscal usar la prueba en la investigación o el enjuiciamiento del delito. Por el contrario, la obligación positiva del fiscal es garantizar que la legislación penal se aplique eficazmente para prevenir los delitos sexuales contranños. En realidad, el efecto del art. 8 es que el fiscal tiene derecho y también la obligación de utilizar la prueba para procesar al recurrente.

**SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO**, *Sutherland (Appellant) v HerMajesty's Advocate (Respondent) (Scotland)*, sentencia del 15-7-2020, en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2020/32.pdf>.




---

**Derechos civiles. Igualdad de oportunidades. Derecho del trabajo. Discriminación en el ámbito laboral por razones de orientación sexual o identidad de género. Despido arbitrario. Tutela jurídica. Alcance e interpretación. (Estados Unidos).**

**Antecedentes del caso:** el municipio de Clayton, ubicado en el estado de Georgia, despidió al trabajador Gerald Bostock por mantener una conducta “impropia” para un empleado municipal, poco tiempo después de que Bostock comenzara a participar en la liga gay de softball recreativo. Por su parte, la compañía Altitude Express despidió a su empleado Donald Zarda luego de que asumiera que era gay. Por último, la casa funeraria R. G. y G. R. Harris Funeral Homes despidió a la trabajadora Aimee Stephens quien, al momento de ser contratada, se había presentado como un hombre después de que informara a su empleador su decisión de “vivir y trabajar como una mujer a tiempo completo”. En cada una de estas actuaciones, se argumentó que un empleador despedía a un trabajador con varios años de antigüedad en el empleo por el solo motivo de su condición homosexual o transgénero.

Cada uno de los empleados interpuso su demanda y argumentó que había sido discriminado por razones de orientación sexual conforme el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. La Cámara Federal de Apelación del Circuito XI sostuvo que el Título VII no prohibía a los empleadores despedir a sus trabajadores por motivos basados en su condición sexual, por lo que entendió que la demanda del accionante Bostock debía ser desestimada por una cuestión de puro derecho. Sin embargo, las cámaras federales de apelaciones de los circuitos II y VI consideraron procedentes las demandas de Zarda y Stephens, respectivamente.

**Sentencia:** la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resolvió que el empleador que despedía a un trabajador por la única razón de su condición homosexual o transgénero violaba el Título VII.

1. El Título VII establece que es “ilegal (...) que un empleador impida o rechace contratar o despida o discrimine de algún otro modo a toda persona (...) debido a su color de piel, su religión, su orientación sexual o su origen étnico” (ver art. 2000.e-2.a.1 del Título 42 del Código de los Estados Unidos). La aplicación lisa y llana de los términos establecidos en el Título VII, interpretados de acuerdo con su sentido público corriente en el momento de su sanción, resuelve el conflicto que se presenta en los casos analizados.

1.1. Las partes reconocen que el término “sexo” en el año 1964 hacía referencia a las distinciones biológicas entre un hombre y una mujer. Y “el significado común de ‘debido a’ es ‘por razones de’ o ‘a causa de’” (ver *University of Tex. Southwestern Medical Center v. Nassar*, 570 U. S. 338, p. 350 —2013—). El término “sexo”, entonces, incorpora el estándar de causalidad *but-for*, el cual, en el Título VII, implica que el demandado no puede eximirse de responsabilidad solo alegando que algún otro factor ha contribuido con la conducta que se le reprocha. El término “discriminar” supone hacer una diferencia en el trato o favor de uno en comparación con otros. En las causas llamadas de “trato desigual”, la Corte Suprema ha sostenido que la diferencia de trato basada en razones de sexo debe ser intencional (ver, p. ej., *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U. S. 977, p. 986 —1988—). Además, el uso reiterado del término “individual” significa que la atención se centra sobre una persona en particular que se distingue de una clase.

1.2. Estos elementos dan lugar a la siguiente regla: un empleador viola el Título VII cuando despidió intencionalmente a un empleado en particular a causa, en parte, de su sexo. No es relevante, para esta regla, si otros factores, además del sexo del trabajador, contribuyeron a que se tomara la decisión o si el empleador trataba de igual manera a las mujeres, consideradas como un grupo, en comparación con los hombres como grupo. La violación a la norma se produce si la intención del empleador de despedir a un trabajador se basa, en parte, en el sexo de ese empleado. La discriminación por ser homosexual o transgénero exige que un empleador trate intencionalmente a determinados empleados de manera diferente por su condición sexual. Por lo tanto, un empleador que sanciona intencionalmente a un trabajador por su condición homosexual o transgénero también infringe el Título VII. No se puede soslayar el rol que cumple la intención: así como el sexo constituye necesariamente un estándar de causalidad *but-for* cuando un empleador discrimina a trabajadores por ser homosexuales o transgénero, el empleador que discrimina por estas causas inevitablemente tiene la intención de basar su decisión en la condición sexual del empleado en particular.

2. Tres casos trascendentes confirman lo que la estructura de los términos de la ley sugiere. En el precedente *Phillips v. Martin Marietta Corp.* (400 U. S. 542 —1971—), se consideró que una compañía violaba el Título VII al negarse a contratar a mujeres que eran madres de niños pequeños, a pesar de que la discriminación también dependía del hecho de ser padres de niños pequeños y de que la empresa

favorecía la contratación de mujeres por sobre la de los hombres. En *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart* (435 U. S. 702 —1978—), la política laboral de un empleador que exigía a las mujeres realizar un aporte mayor al fondo de pensiones que el que hacían los hombres —debido a que las mujeres tienden a vivir más tiempo— violó el Título VII, sin perjuicio de la imparcialidad de su política de empleo entre hombres y mujeres como grupos. En *Oncala v. Sundowner Offshore Services, Inc.* (523 U. S. 75 —1998—), la parte actora pertenecía al sexo masculino. Basó el argumento de su demanda en el Título VII por el acoso sexual que sufría por parte de algunos de sus compañeros de trabajo, que eran de su mismo sexo.

Las consideraciones desarrolladas en esos precedentes son instructivas para este caso. Primero, es irrelevante la manera en que un empleador pueda llamar a su práctica discriminatoria, cómo otros puedan etiquetarla o qué más pueda motivarla. En *Manhart*, el empleador pudo haber llamado a su reglamento de trabajo un ajuste por “esperanza de vida” y, en *Phillips*, el empleador pudo haber hablado con precisión sobre su política laboral como basada en la “maternidad”. Pero tales denominaciones y motivaciones o intenciones adicionales no hicieron una diferencia en esos casos, y tampoco pueden hacer una diferencia en estas actuaciones. Cuando un empleador despide a un trabajador por su condición homosexual o transgénero, discrimina necesaria e intencionalmente a esa persona debido, en parte, a su sexo. Segundo, el sexo de quien reclama no necesita ser la principal o única causa de la conducta hostil del empleador. En *Phillips*, *Manhart* y *Oncala*, el empleador fácilmente pudo haber señalado alguna otra característica no protegida legalmente e insistir en que fue el factor más importante del desempeño laboral negativo. Sin embargo, es indiferente que otro factor —tal como la atracción del accionante por personas del mismo sexo o su presentación como alguien de un sexo diferente del que le fue asignado al nacer— pueda existir en el trabajo o que incluso desempeñe un papel más importante en la decisión del empleador. Finalmente, un empleador no puede eximirse de responsabilidad demostrando que trata a hombres y a mujeres como grupos de manera similar. El caso *Manhart* resulta instructivo en ese sentido. Un empleador que despide intencionalmente a un trabajador por su condición homosexual o transgénero en parte basado en el sexo de esa persona, viola la ley, incluso si el empleador está dispuesto a someter a todos los empleados hombres y mujeres homosexuales o transgénero al mismo reglamento laboral.

3. Los empleadores no negaron que habían despedido a sus trabajadores por su condición homosexual o transgénero. Por el contrario, sostuvieron que la discriminación intencional de los empleados basada en su condición homosexual o transgénero no constituía una base para la imputación de responsabilidad según el Título VII. Pero sus argumentos sobre el texto legal ya habían sido rechazados en los precedentes dictados por la Corte Suprema y, además, ninguna de sus otras afirmaciones sobre los efectos que se supone que produce o debe producir la ley permitía ignorar la norma tal como es.

3.1. Los empleadores aseveraron que debería marcar una diferencia que los trabajadores probablemente respondiesen en un acuerdo que fueron despedidos por su condición gay o transgénero y no por su sexo. Sin embargo,

las afirmaciones plasmadas en los acuerdos no rigen el análisis legal del Título VII, que simplemente plantea el interrogante de si el factor sexo constituye un estándar de causalidad *but-for*. Tampoco es un argumento válido de la defensa insistir en que la discriminación intencional basada en la condición homosexual o transgénero no constituía una discriminación intencional por razón del sexo. Un empleador que discrimina a los empleados homosexuales o transgénero necesaria e intencionalmente aplica reglas basadas en el sexo de esas personas. No hace ninguna diferencia que un empleador pueda negarse a contratar a alguien por ser gay o transgénero sin conocer el sexo de esa persona. El empleador infringe la ley al establecer intencionalmente un reglamento que define la contratación laboral a partir del sexo, más allá de que él conozca o no a los aspirantes individualmente. Los empleadores, además, recalcaron que la homosexualidad y la condición transgénero eran conceptos distintos que el de sexo, y que, si el Congreso hubiese querido abordar estas cuestiones en el Título VII, habría hecho una referencia específica a ellas. No obstante, cuando el Poder Legislativo decide no incluir ninguna excepción en una ley general, la Corte Suprema aplica la norma general. Finalmente, los empleadores sugirieron que, debido a que las políticas discutidas tenían las mismas consecuencias adversas tanto para hombres como para mujeres, debería aplicarse un escrutinio de causalidad más estricto. Ese argumento, inevitablemente, se reduce a la sugerencia de que el factor sexo debe ser la causa única o primaria de una decisión laboral desfavorable según el Título VII, pero esa sugerencia es incongruente con la ley.

**3.2.** Los empleadores afirmaron que en 1964 pocos habrían esperado que el Título VII se aplicara a la discriminación de personas homosexuales y transgénero. No obstante, la historia legislativa no tiene relevancia en este caso, donde no existe ambigüedad sobre cómo se aplican los términos del Título VII a los hechos (ver *Milner v. Department of Navy*, 562 U.S. 562, p. 574 —2011—). Aunque sea posible que un término legal que hoy tiene un significado en un contexto determinado pueda haber significado algo más en el momento de su adopción o pueda significar algo diferente en otro contexto, los empleadores no utilizaron fuentes históricas para demostrar que parte del significado del lenguaje utilizado en el Título VII había cambiado desde 1964 o que los términos de la norma conllevaban comúnmente algún mensaje subyacente. En cambio, los empleadores sí parecen decir cuándo una nueva aplicación resulta inesperada y relevante —incluso si es evidentemente es ordenada por la ley vigente— y que la Corte Suprema simplemente debería señalar la cuestión, instar al Congreso a legislar sobre el tema y, mientras tanto, rehusarse a aplicar los términos de la ley. Sin embargo, la Corte Suprema ha rechazado durante mucho tiempo ese tipo de razonamiento y la nueva perspectiva de los empleadores solo agregaría solo nuevos conflictos y dejaría a tribunal con más que una norma acotada para anular. Por último, los empleadores llevaron adelante una política de apelaciones que carecía de sustento y sugirieron a la Corte Suprema que procediera sin seguir los lineamientos de la ley para hacer lo que considerara mejor. Esa es una invitación que ningún tribunal debería aceptar jamás.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS**, *Bostock v. Clayton County, Georgia*, sentencia del 15-6-20, en [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618\\_hfci.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf).



## **Ley de Patentes. Acciones derivadas de resoluciones adversas. Costos y gastos del juicio. Honorarios de los abogados. Interpretación y alcance de esta norma. (Estados Unidos).**

**Antecedentes del caso:** la Ley de Patentes establece dos procedimientos excluyentes entre sí para la impugnación de resoluciones adversas emitidas por la Oficina de Marcas y Patentes (PTO, por sus siglas en inglés). El peticionante que se considera perjudicado por una resolución puede apelar directamente ante la Cámara Federal (ver art. 141 del Título 35 del Código de los Estados Unidos) o, como ocurre en estas actuaciones, iniciar una nueva acción civil contra el director de la PTO ante el Tribunal de Primera Instancia del Distrito Este de Virginia, de conformidad con el art. 145. En virtud de este segundo proceso, el accionante deberá afrontar “las costas del juicio”. El demandado en este caso, NantKwest, Inc. presentó la demanda civil autorizada el art. 145 luego de que la solicitud para la obtención de su patente fuera rechazada. El Tribunal de Primera Instancia concedió el pedido de un juicio sumario a la PTO y la Cámara Federal confirmó esa decisión. La PTO solicitó la repetición de los gastos y costas, incluido el porcentaje proporcional de los honorarios de sus abogados patrocinantes y de un asesor legal que trabajaron en el caso.

El Tribunal de Primera Instancia denegó la petición de la PTO al considerar que las expresiones de la norma que hacían referencia a los gastos eran insuficientes para refutar la presunción de la “Ley Americana” de que las partes son responsables de asumir el costo de los honorarios de sus propios abogados.

La Cámara Federal, en un fallo plenario, confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

**Sentencia:** la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resolvió que la PTO no podía reclamar el reembolso de los honorarios de sus abogados como “gastos” derivados de las acciones civiles interpuestas por las personas que solicitaran una licencia o patente según lo dispuesto por el art. 145.

1. La “Ley Americana” que establece el principio fundamental por el que “cada parte litigante, resulte vencedora o perdedora, asume el pago de los honorarios de sus propios abogados, a menos que una ley o contrato establezca lo contrario” (ver *Hardt v. Reliance Standard Life Ins. Co.*, 560 U.S. 242, p. 253 —2010—) marca el punto de partida para analizar si el art. 145 autoriza a efectuar el pago de los honorarios de los abogados de la PTO. Contrariamente a la opinión del Gobierno, la Corte Suprema nunca sugirió que una norma esté exenta de la

presunción contra la transferencia de honorarios o limitó la investigación de la “Ley Americana” a los convenios de la parte vencedora. En cambio, ha desarrollado una línea de precedentes que abordan el apartamiento normativo de la “Ley Americana” sin limitar los honorarios de los abogados concedidos a la parte vencedora (ver *id.*, p. 254). La presunción contra la transferencia de honorarios es de particular relevancia en este caso, porque una lectura del art. 145 que permita a una agencia gubernamental que perdió el proceso judicial exigir el reembolso de los gastos de honorarios de sus abogados a la parte vencedora, “implicaría un apartamiento radical de los preceptos históricos bien conocidos sobre la transferencia de honorarios que van unidos a un amplio abanico de contextos” (ver, *Ruckelshaus v. Sierra Club*, 463 U.S. 680, p. 683 —1983—).

2. El texto liso y llano del art. 145 no va más allá de la presunción de la “Ley Americana” contra la transferencia de honorarios. Las definiciones de “gastos”, aunque son lo suficientemente amplias como para incluir a los honorarios de los abogados, brindan una guía insuficiente. El mero incumplimiento de una ejecución de honorarios “no autoriza a los tribunales, ni específica, ni explícitamente, a transferir los honorarios” (ver *Baker Botts L. L. P. v. ASARCO LLC*, 576 U. S. 121, —2015—). La frase completa “gastos del proceso” según se la entendía habitualmente al momento de la sanción del art. 145, no incluía los honorarios de los abogados. Por último, el modificador “todos” no es suficiente para transformar a “gastos” y lograr un desembolso que, de otro modo, no estaría incluido.

En la aplicación corriente de la norma, nunca se consideró que el término “gastos” por sí solo autorizara la imposición de honorarios de los abogados con suficiente claridad como para superar la presunción de la “Ley Americana”. La apariencia de “gastos” y “honorarios de abogados” juntos en varias normas señala que el Congreso entiende que los términos son distintos y que no se incluyen uno en otro (ver art. 363.n del Título 11 del Código de los Estados Unidos). Otras normas que se refieren a los honorarios de los abogados como a una subcategoría de gastos demuestran solo que los “gastos” pueden incluir los honorarios de los abogados cuando así se determina (ver art. 361 del Título 28 del Código de los Estados Unidos). Tampoco los casos de la Corte Suprema favorecen la posición del Gobierno de que el tribunal ha utilizado los “gastos” para referirse a los “honorarios de los abogados” (ver *Taniguchi v. Kan Pacific Saipan, Ltd.*, 566 U. S. 560, p. 573 —2012—).

La historia de la Ley de Patentes refuerza la idea de que el Congreso no tuvo la intención de cambiar la imposición de los gastos de honorarios a través del art. 145. No existen evidencias de que la Oficina de Marcas y Patentes original haya pagado alguna vez a sus letrados con las sumas obtenidas de la contraparte. Nunca la PTO pretendió, al menos hasta este caso, que se pagaran los honorarios de sus abogados según el art. 145. Cuando el Congreso tuvo la intención de estipular el pago de los honorarios de los abogados en la Ley de Patentes, lo estableció explícitamente (ver art. 285 del Título 35 del Código de los Estados Unidos).

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS**, *Peter, Deputy Director, Patent and Trademark Office v. Nantkwest, Inc.*, sentencia del 11-12-2019, en [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-801\\_o758.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-801_o758.pdf).



### **Principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad. Código de Circulación. Inconstitucionalidad del retiro automático de la licencia de conducir a personas sometidas a medidas preventivas antimafia. (Italia).**

**Antecedentes del caso:** el Tribunal Administrativo Regional de Las Marcas (le Marche), Italia, declaró la inconstitucionalidad del art. 120.2 del Decreto Legislativo n.º 285/1992 (Nuevo Código de Circulación). Lo consideró violatorio de los arts. 3, 4, 16 y 35 de la Constitución, en cuanto dispone que el prefecto “procede”, en lugar de “puede proceder”, al retiro de la licencia de conducir de las personas que hayan estado o estén sometidas a medidas preventivas de conformidad con el Decreto Legislativo n.º 159/2011 (código de las leyes antimafia y de las medidas preventivas, y nuevas disposiciones en materia de documentación antimafia con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1.º y 2.º de la Ley n.º 13/2010).

En opinión del tribunal, el retiro automático de la licencia de conducir, puede impedir al interesado desarrollar actividades laborales lícitas durante todo el período en que esté sometido a la vigilancia especial, por lo que la medida se vuelve más gravosa de lo que el propio juez penal había pretendido que fuera.

**Sentencia:** la Corte Constitucional de Italia declaró que el art. 120.2 del Decreto Legislativo n.º 285/1992 (Nuevo Código de Circulación) es inconstitucional.

La Corte Constitucional observó que el inciso 1.º del art. 120 del Nuevo Código de Circulación también incluye, entre las personas que no pueden obtener la licencia de conducir, a aquellos que estén o hayan estado sometidos a las medidas preventivas previstas en la Ley n.º 1423/1956 (medidas preventivas para las personas consideradas peligrosas para la seguridad y para la moral pública). Asimismo, el inciso 2.º dispone que “si las condiciones subjetivas indicadas en el inciso 1.º de este artículo se presentan en fecha posterior al otorgamiento de la licencia, el prefecto procede al retiro de la licencia de conducir”.

La Corte Constitucional ya había declarado la inconstitucionalidad del inciso 2.º del artículo en cuestión en su sentencia n.º 22/2018 —en relación con la hipótesis de condena por los delitos previstos en los arts. 73 y 74 del Decreto del Presidente de la República n.º 309/1990 (texto único de la legislación en materia de normativa sobre los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, prevención, cura y rehabilitación de los estados de toxicodependencia), que se dicte en fecha posterior al otorgamiento de

la licencia de conducir—, ya que prevé que el prefecto “procede”, en lugar de “puede proceder”, al retiro de la licencia. Por otro lado, en la sentencia n.º 24/2020, la Corte Constitucional había declarado la inconstitucionalidad del mismo artículo en cuanto dispone que el prefecto “procede”, en lugar de “puede proceder”, al retiro de la licencia de conducir de quienes se encuentren sometidos a medidas de seguridad personal. En este caso, el retiro automático de la licencia de conducir por parte del prefecto, fue considerado contrario a los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, atento a la variedad (en el contenido, la duración y las prescripciones) de las medidas de seguridad aplicables. También fue considerado contradictorio en relación con el poder de vigilancia que se reconoce al magistrado, quien, al dictar la medida de seguridad, “puede” permitir a la persona sometida a ella seguir utilizando la licencia de conducir en determinadas condiciones.

La Corte Constitucional recordó que pueden ser sometidas a medidas preventivas personas condenadas o sospechadas por delitos de diferente gravedad, es decir, desde delitos de elevada alarma social, como los de terrorismo y asociaciones mafiosas, hasta delitos de menor peligro social. Por lo tanto, están incluidas personas de las que pueda considerarse que, por su conducta o nivel de vida, habitualmente viven —a veces de forma parcial— de los ingresos provenientes de actividades delictivas.

En relación con esas medidas, la Corte Constitucional consideró irrazonable el mecanismo previsto en el impugnado art. 120.2, porque vincula automáticamente esa variedad de hipótesis de peligrosidad social con una misma consecuencia: el retiro de la licencia de conducir por parte del prefecto. Esta consecuencia puede provocar un cortocircuito en el ordenamiento en caso de que la utilización de la licencia sea funcional a la búsqueda de un trabajo, según la prescripción de un tribunal al destinatario de la medida de seguridad en virtud del art. 8.3 del Decreto Legislativo n.º 159/2011.

La Corte Constitucional concluyó que el artículo impugnado viola el art. 3 de la Constitución, que reza: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales y sociales”. Asimismo, sostuvo que el carácter no automático de la disposición del prefecto no está vinculado, como es obvio, con una revisión de la peligrosidad de la persona, sino con una comprobación de la necesidad u oportunidad del retiro de la licencia de conducir por vía administrativa, en relación con la medida preventiva específica a la que está sometido concretamente su titular.

**CORTE COSTITUZIONALE DE ITALIA**, sentencia n.º 99/2020 del 27-5-2020, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2020&numero=99>.



**Responsabilidad Internacional del Estado. Derecho a la integridad personal. Respeto por la integridad física, psíquica y moral. Finalidad de las penas privativas de la libertad. Protección de la honra y de la dignidad. Prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas. Protección a la familia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** Néstor López, Hugo Blanco, José Muñoz Zabala y Miguel Ángel González fueron condenados a penas privativas de la libertad por la Justicia provincial de Neuquén, Argentina. No obstante, cumplieron sus penas en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal (SPF), en razón de un convenio entre esta institución y la provincia de Neuquén. El convenio preveía que el servicio de guardia y custodia de los condenados y procesados sería prestado por el SPF hasta que la provincia tuviera posibilidades económicas de construir y habilitar sus propios establecimientos carcelarios.

Una vez dentro del sistema penitenciario federal, los condenados fueron trasladados varias veces a centros de detención localizados a entre 800 y 2000 km de distancia de sus familiares, abogados y jueces de ejecución de la pena. Los traslados fueron dispuestos por el SPF sin control judicial previo. Los nombrados interpusieron recursos de *habeas corpus* y solicitudes para regresar a unidades de detención cercanas a sus familiares, pero todos fueron denegados por las autoridades judiciales.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por violar los derechos a la integridad personal, a la finalidad esencial de la pena, de reforma y readaptación social del condenado, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, y el derecho a la familia, previstos en los arts. 5.1, 5.6, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Néstor López, Hugo Blanco, José Muñoz Zabala y Miguel Ángel González. Además, lo declaró responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la prohibición de que la pena trascienda de la persona del delincuente, a no sufrir injerencia arbitraria en la vida privada y de su familia, y del derecho a la familia, en perjuicio de determinados familiares de López y Blanco.

**1. Fondo:**

La Corte Interamericana consideró que, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.6 de la Convención Americana, la persona privada de su libertad tenía derecho a mantener contacto con su familia, sus representantes y el mundo exterior. Este derecho tiene correlato con la obligación para el Estado de garantizar este extremo, dado que el objetivo de la pena es la readaptación o reintegración del interno. Así, la separación injustificada puede afectar su honra y la de sus familiares. Por otra parte, la Corte Interamericana entendió que el traslado de una prisión a otra debía ser consultado con el interno, para permitirle oponerse a tal decisión, ya sea por vía administrativa o judicial.

La Corte Interamericana advirtió que los traslados se fundaron en el art. 72 de la Ley Nacional de Ejecución Penal n.º 24 660, que brinda un poder discrecional a la administración penitenciaria para hacer traslados según su conveniencia.

Los traslados de estas personas a cárceles lejanas de la provincia de Neuquén, sin contar con una evaluación previa ni posterior de los efectos en su vida privada y en sus circunstancias familiares, derivó en el incumplimiento de la obligación estatal de realizar acciones para proteger a las personas contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, así como la obligación de favorecer el respeto efectivo de la vida familiar. Además, los continuos traslados afectaron el bienestar físico y psicológico de las personas privadas de libertad y de sus familiares y obstaculizaron el contacto con sus abogados defensores. La separación de López y Blanco de sus familias revistió una gravedad especial, dado que afectaron derechos de sus hijos, entonces menores de edad.

Por otra parte, la inexistencia de un marco legal claro facilitó traslados arbitrarios, inidóneos, innecesarios y desproporcionados, y de ahí la responsabilidad del Estado. El Estado argentino no cuenta con una regulación apropiada sobre los traslados entre cárceles a nivel federal, que pueden ser realizados de manera arbitraria. Además, esa práctica fue avalada por los jueces en el control posterior, ya que permitieron, de forma reiterada, la discrecionalidad absoluta del SPF para asignar el lugar de cumplimiento de pena de los condenados sin tener en cuenta o verificar las circunstancias particulares y familiares de cada uno de ellos. No existieron criterios claros para hacer los traslados por parte de las autoridades administrativas, ni un control judicial efectivo de las valoraciones de esas autoridades. Del mismo modo, esa práctica afectó también a los familiares de los encarcelados, que fueron sometidos a la decisión arbitraria del ente administrativo.

Por lo tanto, Argentina fue considerada responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la finalidad esencial de reforma y readaptación del condenado, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, y del derecho a la familia, previstos en los arts. 5.1, 5.6, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Néstor López, Hugo Blanco, José Muñoz Zabala y Miguel Ángel González.

En cuanto a los familiares de López y Blanco, la Corte Interamericana consideró que las injerencias al derecho a la vida familiar resultaban de mayor gravedad porque habían afectado a menores de edad. Al respecto, la Corte Interamericana ha dicho que los menores deben permanecer en su núcleo familiar y que la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Las medidas adoptadas por las autoridades en relación con el cumplimiento de la pena de los nombrados en cárceles alejadas de la provincia de Neuquén también afectaron a sus familiares. La pena trascendió hacia los familiares de los condenados y les causó un daño y sufrimiento superior al implícito en la propia pena de privación de libertad. La Corte Interamericana concluyó que Argentina era responsable de la violación de los derechos a la integridad personal, a la prohibición de que la pena trascienda de la persona del delincuente, a no sufrir injerencia arbitraria a la vida privada y de su familia, y del derecho a la familia, previstos en los arts. 5.1, 5.3, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana.

En lo que atañe al derecho a la integridad física y psíquica de los detenidos, la Corte Interamericana determinó que los cuatro habían sido sometidos a diversas circunstancias, como la incomunicación y la separación de sus familias, que, en su conjunto, eran equiparables a tratos inhumanos o degradantes. Dada la suma de indicios de malos tratos, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había violado el derecho a la integridad personal, previsto en el art. 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de López, González, Muñoz Zabala y Blanco.

Por otra parte, la Corte Interamericana se refirió al derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Al respecto, no constató que a los cuatro internos se les hubiera impedido acceder al Poder Judicial para reclamar su retorno a la cárcel de Neuquén, dado que las acciones de *habeas corpus* y solicitudes de traslado habían sido interpuestas por ellos mismos. Tampoco observó que se les hubiera impedido nombrar abogados defensores para representarlos, ya que habían sido asistidos por defensores de oficio, quienes habían interpuesto recursos y habían pedido el traslado de los condenados a la provincia de Neuquén.

Sin embargo, la Corte Interamericana analizó hasta qué punto la distancia y dificultades de comunicación originadas por los múltiples traslados realizados por el SPF habían representado una vulneración al derecho a ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (art. 8.2.d de la Convención Americana). La Corte Interamericana constató que una de las consecuencias de los múltiples traslados de los cuatro detenidos había sido la imposibilidad de contactar a sus abogados defensores en el tiempo y forma adecuados. Los traslados ocurrieron de modo sorpresivo, sin que pudieran informarles a sus familiares o abogados, cuya intervención era determinante para proteger los derechos en juego. La presencia física de los cuatro detenidos en cárceles muy lejanas de la provincia de Neuquén, donde estaban sus abogados y el juzgado de ejecución de la pena, representó un obstáculo insuperable para comunicarse libre y privadamente con sus abogados para orientar y coordinar su defensa. Por ello, concluyó que Argentina había violado el derecho de los cuatro detenidos a ser asistidos por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él, tal como está previsto en el art. 8.2.d de la Convención Americana.

Respecto al derecho a la protección judicial, la Corte Interamericana señaló que las solicitudes de retorno a Neuquén para el cumplimiento de las penas tenían como fundamento principal la proximidad con sus familias y defensores. Dado el impacto de las medidas de traslado en la readaptación, era esencial que los jueces intervinientes enfrentaran esos alegatos y no se limitaran a justificar la legalidad formal de los traslados. En ese sentido, la Corte Interamericana concluyó que la fundamentación expuesta por los juzgados era insuficiente al decidir sobre los *habeas corpus* que solicitaban el traslado de regreso a la provincia de Neuquén para el cumplimiento de la pena. Además, consideró que los recursos interpuestos por Blanco se habían vuelto ineficaces por la falta de respuesta del juzgado criminal sobre la afectación de su derecho a mantener contacto con su familia. La falta de motivación fue un elemento suficiente para declarar la vulneración del art. 25 de la Convención Americana, ya que, según lo dispone el art. 3 de la Ley 24 660, en este caso el juez de

ejecución de la pena era el competente para garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley. Por otra parte, la Corte Interamericana estimó que, si bien en las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén —relativas a las impugnaciones de los fallos del juzgado de ejecución— hubo argumentos específicos para descartar la relevancia del traslado frente al derecho de los familiares, se había omitido mencionar la prueba aportada por Blanco —certificados médicos, historia clínica e informes médicos de su madre y de su hermana— y, por lo tanto, se había incumplido el deber de considerar los argumentos en la motivación de su decisión.

La Corte Interamericana concluyó que el Estado también era responsable por el incumplimiento de su obligación de garantizar los derechos de acceso a la justicia y a la protección judicial, reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Blanco, López, González y Muñoz Zabala.

## 2. Reparaciones:

La Corte Interamericana ordenó al Estado argentino adoptar todas las medidas necesarias de orden legislativo, administrativo o judicial para reglamentar los traslados de personas privadas de libertad condenados de acuerdo con la Convención Americana y los estándares establecidos en la sentencia; brindar gratuitamente y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento psicológico y psiquiátrico que requieran las víctimas; publicar la sentencia y pagar una suma de dinero por el daño material e inmaterial, y también reintegrar las costas y los gastos judiciales.

Además, supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido lo ordenado.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Néstor Rolando López y otros vs. Argentina* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25-11-2019, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_396\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf).




---

**Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la libertad personal. Prisión preventiva. Detención arbitraria. Plazo razonable. Garantías judiciales. Derecho a ser oído. Presunción de inocencia. Derecho de igualdad ante la ley. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** en junio de 1994 Óscar Gabriel Jenkins fue detenido por orden de un juez federal. Se lo imputó y procesó por los delitos de tráfico de estupefacientes y asociación ilícita y se dictó su prisión preventiva. Presentó diversos

recursos para obtener su excarcelación, pero todos ellos, en distintas instancias, fueron rechazados. Por otra parte, la esposa de Jenkins presentó una queja ante el defensor del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, relativa a la prolongada detención de su esposo. En junio de 1997 el defensor del pueblo exhortó al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 6 de la Capital Federal a disponer la soltura de Jenkins bajo caución.

En noviembre de 1997, en el marco de la audiencia de debate del procedimiento penal seguido contra Jenkins y otros imputados, el fiscal solicitó la absolución de Jenkins porque estimó que los elementos probatorios eran insuficientes. Ese mismo día, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal resolvió que no existía mérito para que Jenkins continuara detenido y dispuso su libertad inmediata.

En junio de 2010 —en el caso Veliz, Linda, Exp. n.º 5640— la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley n.º 24 390 debido a que violaba principios como la presunción de inocencia, la libertad personal, la igualdad y el plazo razonable de duración del proceso.

Por otra parte, en diciembre de 1999, Jenkins interpuso una demanda por daños y perjuicios contra el Estado y contra el juez que ordenó su detención ante la Justicia en lo contencioso administrativo federal. En abril de 2007 el juzgado rechazó la acción. La defensa de Jenkins apeló, pero el recurso fue declarado desierto en marzo de 2008. Posteriormente, Jenkins presentó un recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue rechazado en marzo de 2009.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la falta de motivación de la resolución que ordenó la prisión preventiva de Óscar Gabriel Jenkins; la duración de la prisión preventiva; la ineficacia de los recursos para cuestionar la privación de libertad, y la violación del plazo razonable en el marco de un proceso por daños y perjuicios. En consecuencia, el Estado argentino es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los arts. 7.1, 7.3, 7.6, 8.1 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, así como los arts. 7.1, 7.3, 7.5, 8.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Óscar Gabriel Jenkins.

**1. Excepciones preliminares:**

El Estado interpuso cuatro excepciones preliminares relacionadas con la insubsistencia de ciertos hechos alegados en el informe de fondo de la Comisión y en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas; la falta de agotamiento de los recursos internos; la alteración del objeto procesal del caso por parte de la Comisión, y la falta de competencia en razón de la materia.

Todas las excepciones fueron desestimadas.

**2. Fondo:**

**2.1. Derecho a la libertad personal y a las garantías judiciales.**

La Corte Interamericana observó que en la resolución que había ordenado el procesamiento y la prisión preventiva de Jenkins se fundamentaba la existencia del

delito y la presunta participación del nombrado. Sin embargo, no se explicaban las razones por las cuales la prisión preventiva era necesaria, idónea y proporcional al fin perseguido. En opinión de la Corte Interamericana, es imprescindible contar, además, con elementos relativos a la finalidad legítima de la medida —esto es, la eventual obstaculización del desarrollo normal del procedimiento penal o la posibilidad de sustracción a la acción de la justicia— que lleven a concluir al tribunal que la prisión preventiva es necesaria y proporcional al fin perseguido. En consecuencia, la Corte Interamericana declaró que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los arts. 7.1, 7.3 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 8.2 y 1.1.

Por otro lado, la Corte Interamericana observó que la Ley n.º 24 390 regulaba los plazos máximos de la prisión preventiva y sus excepciones, entre las que destacaba su art. 10, que indicaba que el límite máximo no se aplicaba en aquellos casos en los que la persona estuviera imputada por un delito de narcotráfico. La Corte Interamericana consideró que la exclusión de ese beneficio generaba un trato desigual respecto de quienes estuviesen en prisión preventiva pero imputados por un delito diferente al narcotráfico, que tenían derecho a solicitar su excarcelación una vez transcurrido el plazo de dos años, y que, además, se beneficiaban del plazo máximo de la prisión preventiva, que no podía ser superior a tres años. En el caso de Jenkins, la Corte Interamericana advirtió que la exclusión del beneficio del límite temporal de la prisión preventiva carecía de una debida explicación sobre la finalidad de establecer una diferencia de trato, sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Además, el tribunal no tuvo en cuenta las circunstancias personales del imputado, lo que constituyó un trato desigual frente a otras personas en la misma situación que sí podían acceder al beneficio.

Además, la Corte Interamericana consideró que el art. 10 de la Ley n.º 24 390 no prohibía otorgar eventualmente la libertad provisional a una persona imputada por delitos de narcotráfico, lo que significaba que el tribunal nacional tenía la obligación de indicar y fundamentar, de manera individualizada, los presupuestos materiales que aún existían para que la medida de privación de libertad pudiera ser considerada idónea, necesaria y proporcional al fin legítimo perseguido, lo que no sucedió en el presente caso. Por lo tanto, la Corte Interamericana concluyó que el Estado es responsable por la violación de los arts. 2, 7.1, 7.3, 7.5, 8.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1.

Finalmente, la Corte Interamericana consideró que la arbitrariedad de los fundamentos de las decisiones internas tuvo como consecuencia que los recursos presentados por la defensa de Jenkins no fueran efectivos, lo cual supone la violación del art. 7.6 de la Convención en relación con su art. 1.1.

## **2.2. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial.**

Con el propósito de establecer si el Estado violó la garantía del plazo razonable en el marco de la posterior acción por daños y perjuicios interpuesta por Jenkins, la Corte Interamericana analizó los siguientes cuatro elementos: la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; la conducta de las autoridades judiciales, y la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima.

La Corte Interamericana advirtió que las autoridades judiciales deberían haber incluido entre los fundamentos de la acción indemnizatoria un análisis sobre la existencia o no de un error judicial, que no hubiera requerido pruebas de difícil valoración, sino un examen de las decisiones relativas a la prisión preventiva de Jenkins. Por otra parte, consideró que las actividades procesales de Jenkins no tuvieron un impacto relevante en la duración total del procedimiento. Respecto de la conducta de las autoridades judiciales, la Corte Interamericana observó que no contaba con la información ni las pruebas necesarias respecto de las diligencias del Estado entre la fecha en que se rechazó parcialmente la demanda —8 de junio de 2000— y la fecha en la que el juzgado dictó sentencia definitiva rechazando la acción de daños y perjuicios. En cuanto a la afectación generada en la situación jurídica de Jenkins, La Corte Interamericana consideró que no contaba con elementos suficientes para pronunciarse al respecto.

Por lo tanto, la Corte Interamericana concluyó que las autoridades judiciales excedieron el plazo razonable del proceso, y vulneraron el derecho a las garantías judiciales establecido en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1.

### 3. Reparaciones:

La sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación. Adicionalmente, la Corte Interamericana ordenó al Estado brindar asistencia psicológica que Jenkins, con su consentimiento, por el tiempo que fuera necesario; publicar la sentencia, pagar la suma establecida en concepto de indemnizaciones por daños inmateriales y gastos, y el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Además, supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso cuando el Estado haya acatado lo ordenado.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, *Oscar Gabriel Jenkins vs. Argentina* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26-11-2019, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_397\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf).




---

**Responsabilidad internacional de Estado. Derecho a la libertad personal. Prisión preventiva. Garantías judiciales. Presunción de inocencia. Derecho a la protección judicial. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** Raúl Rolando Romero Feris ejerció diferentes cargos públicos entre 1985 y 1999, como presidente de la Confederación Rural Argentina, intendente de la capital de la provincia de Corrientes y gobernador de la provincia de Corrientes.

En 1999, el Sindicato de Trabajadores Judiciales de Corrientes presentó una denuncia contra Romero Feris y otros funcionarios públicos ante la Fiscalía de Instrucción n.º 1 de Corrientes y alegó que era responsable por la comisión de los delitos de administración fraudulenta, enriquecimiento ilícito, peculado, abuso de autoridad, defraudación y malversación de caudales públicos, entre otros. Se abrieron varios procesos y Romero Feris fue detenido en agosto de 1999. La prisión preventiva fue prorrogada en agosto de 2001 por el término de 8 meses. El 11 de septiembre de 2002 fue puesto en libertad por orden del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Corrientes y de la Cámara en lo Criminal n.º 1 de Corrientes.

Por otra parte, el caso también se relaciona con los distintos recursos que presentó Romero Feris en el marco de cuatro causas penales que se desarrollaron entre 1999 y 2016: a) SITRAJ-Corrientes s/ denuncia capital; b) Romero Feris, Raúl Rolando y Zidianakis, Andrés p/ peculado – capital; c) Romero Feris, Raúl Rolando; Isetta, Jorge Eduardo; Magram, Manuel Alberto p/ peculado; Ortega, Lucía Placida p/ peculado y uso de documento falso – capital, y d) comisionado interventor de la municipalidad de la ciudad de Corrientes, Juan Carlos Zubieta s/ denuncia.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la vulneración de la libertad personal y la presunción de inocencia (arts. 7 y 8.2 de la Convención Americana, respectivamente) en relación con la detención ilegal y arbitraria de Raúl Rolando Romero Feris. La Corte Interamericana estimó que Argentina no había vulnerado el derecho a la protección judicial en el marco de cuatro causas penales seguidas contra Romero Feris.

### 1. Fondo:

**1.1.** El derecho a la libertad personal y la legalidad de la privación de la libertad de Romero Feris (arts. 7.1 y 7.2 de la Convención Americana).

Romero Feris fue detenido el 4 de agosto de 1999. La prisión preventiva fue prorrogada por ocho meses contados a partir del 4 de agosto de 2001, de conformidad con lo establecido en la Ley 24 390. Fue excarcelado el 11 de septiembre de 2002, aunque debía quedar en libertad el 4 de abril de ese año. Por lo tanto, la privación de la libertad se excedió cinco meses y ocho días del plazo establecido por el juez de instrucción, y un mes y ocho días del plazo de un año previsto en la Ley 24 390 y se vulneró el art. 7.2 de la Convención.

**1.2.** El derecho a la libertad personal, la arbitrariedad de la privación de la libertad y la presunción de inocencia de Romero Feris (arts. 7.1, 7.3, 7.5, 7.6 y 8.2 de la Convención Americana).

Para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario: a) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) que la medida cumpla con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir, con que la finalidad de la medida sea legítima (compatible con la Convención Americana), idónea, necesaria y estrictamente proporcional, y c) que la decisión que la impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

Las finalidades legítimas de la prisión preventiva se relacionan con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, con el peligro de fuga del procesado, establecido en el art. 7.5 de la Convención Americana, y con evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento. La Corte Interamericana recordó que su jurisprudencia sostiene que la gravedad del delito que se imputa no es, por sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva. También advirtió que esos criterios habían sido desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina antes de que se emitiera la decisión judicial que ordenó la prisión preventiva de Romero Feris.

Los argumentos utilizados por el juez para fundamentar el peligro de fuga fueron: el *quantum* de la pena, la inminencia de la realización de los juicios y los recursos interpuestos para cuestionar la independencia e imparcialidad judicial. Sobre el primero, la Corte Interamericana reiteró que la posible pena es un criterio insuficiente para fundamentar el peligro de fuga. Frente al segundo, afirmó que no es posible que la inminencia en la realización del juicio sea un argumento para fundamentar el peligro de fuga. En relación con el tercero, el juez de instrucción tuvo en cuenta que Romero Feris había manifestado en más de una oportunidad que no reconocía la legitimidad del tribunal que lo estaba procesando y que no se prestaría a los actos de indagatoria. Sobre ese punto, la Corte Interamericana advirtió que los argumentos utilizados para justificar el peligro de fuga no se basaban en hechos específicos, en criterios objetivos y en una argumentación idónea. Por el contrario, eran meras conjeturas elaboradas a partir de criterios que no se correspondían con las particularidades del caso y que consistían más bien en afirmaciones abstractas, lo que implicaría un manifiesto y notorio apartamiento de los criterios establecidos por la jurisprudencia. En consecuencia, la Corte Interamericana consideró que la prórroga de la privación de la libertad había sido arbitraria, porque los criterios que fundamentaron la finalidad legítima de peligro de fuga eran abstractos y, por ende, contrarios a los arts. 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención Americana.

Finalmente, la Corte Interamericana señaló que los cuestionamientos relativos a la motivación del juez y a los fundamentos de la prórroga de la medida de prisión que fueron considerados arbitrarios habían provocado que los recursos presentados por Romero Feris no hubieran sido efectivos, y concluyó que el Estado también era responsable por la vulneración del art. 7.6 de la Convención Americana.

**1.3.** El derecho a la protección judicial de Romero Feris (art. 25 de la Convención Americana).

En el marco de las cuatro causas citadas, Romero Feris interpuso una serie de recursos y cuestionó la competencia, independencia e imparcialidad de las autoridades judiciales. Específicamente, puso en duda el acto de nombramiento del juez de instrucción, el acto de designación en comisión de los magistrados de la Cámara en lo Criminal n.º 2 y del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes (STJC), la imparcialidad de los magistrados parientes de esa cámara que actuaron en causas conexas contra el acusado, y la actuación de miembros de esa cámara que habían conocido actos de instrucción en las mismas causas.

Los recursos incoados por Romero Feris fueron rechazados de manera motivada y con fundamentos contenidos en la normativa interna. Romero Feris contó con

recursos efectivos para cuestionar la designación del juez de instrucción n.º 1, por lo que el Estado no fue responsable por la violación al art. 25 de la Convención.

Respecto a los alegatos según los cuales en las decisiones no se indicó la vía recursiva que debía interponer la defensa de la presunta víctima para cuestionar la designación del juez ni tampoco se aclararon las razones por las cuales las causas fueron asignadas al juez de instrucción n.º 1, la Corte Interamericana consideró que no le correspondía establecer reglas a la luz de la Convención para definir el contenido de la decisión judicial, sino que era suficiente con que sea razonable y responda a los alegatos planteados. Por otra parte, en relación con las decisiones que no admiten los recursos de casación, la Corte Interamericana encontró acertada la existencia de requisitos de admisibilidad como mecanismo para salvaguardar la seguridad jurídica y que formen parte del ámbito de competencia de los Estados.

En cuanto a los recursos relacionados con el acto de designación en comisión de los magistrados de la Cámara en lo Criminal n.º 2 y del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes y frente a los alegatos según los cuales el Superior Tribunal evitó pronunciarse sobre si en la designación de autoridades judiciales se habían cumplido los requisitos legales y constitucionales, la Corte Interamericana consideró que, a pesar de que el Superior Tribunal había indicado que se trataba de un acto del Poder Ejecutivo que no tenía la competencia para cuestionar, había hecho mención a los fundamentos de la legalidad del acto para disipar las dudas al respecto. La Corte Interamericana concluyó que no se había vulnerado el art. 25 en relación con los recursos interpuestos por Romero Feris para cuestionar el nombramiento de magistrados en comisión de la Cámara en lo Criminal n.º 2 y del Superior Tribunal.

Sobre los recursos para cuestionar la imparcialidad de magistrados parientes que actuaron en causas conexas, el alegato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que, en el ámbito provincial, se le había indicado a Romero Feris que no procedía la impugnación y se había invocado un requisito no contemplado en la ley, mientras que, en el ámbito federal, se le había señalado que la interpretación de la norma no tenía transcendencia federal. La Corte Interamericana recordó que el recurso de casación había sido denegado, en cuanto a la participación de magistrados parientes, con fundamento en la interpretación que el Superior Tribunal hizo del art. 52, que contiene las causales taxativas de recusación. Consideró que esa particular forma de aplicar el derecho no había vulnerado el art. 25 de la Convención ni por su contenido, en relación con el estándar de la Corte Interamericana, ni por ser distinto del fundamento de denegación del recurso extraordinario federal.

Por su parte, en relación con los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal, la Corte Interamericana consideró razonable el requisito de demostrar la existencia de una cuestión federal en el caso concreto, si se tiene en cuenta la particular organización federal del Estado argentino y que ya se había ejercido control judicial en varias oportunidades.

La Corte Interamericana concluyó que no se había vulnerado el art. 25 en relación con los recursos interpuestos por Romero Feris para cuestionar la imparcialidad de magistrados parientes que actuaron en causas conexas.

Por último, en cuanto a los recursos para cuestionar la actuación de miembros de la Cámara en lo Criminal n.º 2 que habían conocido actos de instrucción en las mismas causas, la Corte Interamericana no encontró elementos que permitieran considerar irrazonable el requisito de admisibilidad establecido en el Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, el Estado no es responsable por la violación del art. 25 de la Convención Americana en relación con los recursos interpuestos por Romero Feris para cuestionar la actuación de miembros de la Cámara en lo Criminal n.º 2 que habían conocido actos de instrucción en las mismas causas.

## 2. Reparaciones:

La sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación. Adicionalmente, la Corte Interamericana ordenó al Estado publicar la sentencia y pagar la cantidad fijada en concepto de indemnización por daños materiales, inmateriales y costas y gastos. La Corte Interamericana supervisará y dará por concluido el caso cuando el Estado haya cumplido con la sentencia.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Romero Feris vs. Argentina (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 15-10-2019, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_391\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_391_esp.pdf).




---

**Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la vida. Derecho a la integridad personal. Derecho a la protección de la honra y de la dignidad. Derecho a la educación. Derechos de niños, niñas y adolescentes. Violencia de género. Obligación de prevenir actos de violencia contra la mujer. Obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Garantías judiciales. Derecho a la protección judicial. Derecho a la igualdad ante la ley. Derecho a la integridad personal. Obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** en 2001, Paola del Rosario Guzmán Albarracín, de 14 años, cursaba estudios secundarios en un colegio estatal solo para niñas dependiente del Ministerio de Educación pública del Ecuador. Dado que tenía dificultades con algunas materias, el vicerrector, Bolívar Eduardo Espín Zurtía, ofreció pasarla de año con la condición de que mantuviera con él relaciones sexuales. Distintas personas vinculadas al colegio, incluso el rector, conocían la relación que existía entre ambos, y que ella no había sido la única estudiante con la que él había tenido acercamientos

de esa índole. La inspectora del curso citó a la madre de la menor para hacerle saber de algunas faltas de conducta de Paola, quien concurrió al colegio el mismo día en que fue notificada. Esa mañana, su hija tomó unas pastillas de fósforo blanco, luego se trasladó al colegio y les contó a sus compañeras el hecho. Fue trasladada a la enfermería, donde solamente la instaron a rezar. El vicerrector y el médico concurrieron a verla. La madre de la adolescente fue contactada por las compañeras después del mediodía, logró llegar cerca de 30 minutos después, trasladó a su hija en un taxi hasta a un hospital y después a una clínica. Al día siguiente, Paola murió. Dejó tres cartas. En una de ellas, dirigida al vicerrector, expresó que se había sentido engañada por él y que había decidido tomar veneno por no poder soportar lo que estaba sufriendo.

Días después, el padre de la adolescente solicitó a la Fiscalía de Guayas que se investigara la muerte de su hija y la eventual responsabilidad del vicerrector. En febrero de 2003 se ordenó la detención del vicerrector y se allanó su domicilio, pero ya se había fugado. En junio de 2003, la fiscal lo acusó formalmente por el delito de acoso sexual. En octubre de 2003 Albarracín formuló una acusación particular contra el vicerrector por los delitos de acoso sexual, violación e instigación al suicidio. En agosto de 2004, la jueza Quinta de lo Penal del Guayas dictó auto de llamamiento a juicio, por considerar al vicerrector presunto autor del ilícito de acoso sexual y ordenó su captura. En septiembre de 2005, la Corte Superior de Justicia de Guayaquil reformó la imputación del delito, por considerarlo autor del delito de estupro. En octubre de ese año la Jueza Quinta de lo Penal del Guayas suspendió el procedimiento hasta la comparecencia o captura del vicerrector. En septiembre de 2008 se declaró prescrita la acción penal por solicitud de la defensa y luego cesaron todas las medidas dispuestas contra el imputado.

Por otra parte, se llevaron a cabo acciones judiciales y actuaciones administrativas. En relación con lo primero, en octubre de 2003 Albarracín presentó una demanda civil contra el vicerrector, por “los daños morales derivados de la instigación al suicidio” de Paola. En junio de 2005 el juez condenó al vicerrector al pago de una indemnización por daño moral. Años más tarde, en 2012, el Juzgado Vigésimo Tercero declaró el abandono de la instancia y ordenó el archivo de la causa. En cuanto al ámbito administrativo, en los años 2003 y 2004, Albarracín expuso ante el Ministerio de Educación que las autoridades del colegio no habían prestado asistencia a Paola. En marzo de 2004 se inició un sumario administrativo contra el vicerrector, pero por un motivo distinto: el “abandono injustificado del cargo”, y el 30 de diciembre de 2004 fue destituido por esa causa.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por: a) la violencia sexual sufrida por la adolescente Paola del Rosario Guzmán Albarracín en el ámbito educativo estatal, cometida por el vicerrector del colegio al que asistía, que tuvo relación con el suicidio de la niña; b) la violación de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial, en relación con el derecho a la igualdad ante la ley, en perjuicio de la madre y la hermana de Paola, Petita Paulina Albarracín Albán

y Denisse Selena Guzmán Albarracín, y c) la violación del derecho a la integridad personal de estas últimas.

Aceptó el reconocimiento de responsabilidad por el Estado acerca de la falta de adopción de medidas para la prevención de actos de violencia sexual en la institución educativa a la que asistía Paola Guzmán Albarracín, y sobre la falta de actuación diligente en la realización de investigaciones administrativas y judiciales.

Concluyó que el Estado de Ecuador es responsable por la violación de los arts. 4.1 (derecho a la vida), 5.1 (derecho a la integridad personal) y 11 (derecho a la protección de la honra y de la dignidad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 13 del Protocolo de San Salvador (derecho a la educación), en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 (respetar y garantizar los derechos sin discriminación) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el incumplimiento de las obligaciones de prevenir actos de violencia contra la mujer y abstenerse de realizarlos, conforme con los arts. 7.a, 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín.

Finalmente, concluyó que el Estado es responsable, en perjuicio de la madre y la hermana de Paola, por la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con su art. 24 (derecho a la igualdad ante la ley), y con las obligaciones previstas en sus arts. 1.1, 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y el art. 7.b de la Convención de Belém do Pará (obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer). En perjuicio de ellas, la Corte Interamericana determinó la violación del art. 5.1 (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana.

## 1. Fondo

**1.1. Derecho de la niña a una vida libre de violencia sexual en el ámbito educativo**

La Corte Interamericana advirtió que, durante más de un año, entre los 14 y 16 años de edad de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, el vicerrector del colegio mantuvo una relación de tipo sexual con ella. Concluyó que hubo no solo acoso u hostigamiento sexual, sino acceso carnal, y que las conductas ejercidas, que se prolongaron en el tiempo, conllevaron una continuidad o reiteración de actos graves de violencia sexual. Los derechos a la integridad personal y vida privada conllevan libertades, entre las que se encuentra la libertad sexual y el control del propio cuerpo. Tales libertades pueden ser ejercidas por adolescentes, en la medida en que desarrollan la capacidad y madurez para hacerlo.

La Corte Interamericana evaluó la lesión a los derechos referidos considerando el derecho de la niña a una vida libre de violencia sexual en el ámbito educativo. Para esto, tuvo en cuenta disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, que complementan y especifican obligaciones establecidas en la Convención Americana, y la Convención sobre los Derechos del Niño, que la Corte ha estimado

incluida dentro de un “muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de niñas, niños y adolescentes”, relevante para “fijar el contenido y los alcances” del art. 19 de la Convención Americana, que impone la adopción de medidas de protección para niñas y niños.

La Convención de Belém do Pará establece el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia en su art. 3 y, de acuerdo con su art. 1, la violencia contra la mujer comprende “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Además, el art. 6 del mismo tratado señala que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye el derecho de la mujer “a ser libre de toda forma de discriminación” y a “ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. El art. 2 de ese instrumento menciona expresamente el acoso sexual en instituciones educativas como una forma de violencia contra la mujer. El tratado incluye, en su art. 7, deberes específicos para el Estado, que incluyen “abstenerse” de realizar acciones o “prácticas” de violencia contra la mujer, “velar” porque los funcionarios estatales no lo hagan y actuar con la “debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar” tales conductas, mediante la adopción de normas legislativas o medidas de otra naturaleza, inclusive administrativas, que sean adecuadas para posibilitar dichos fines de prevención y sanción, así como para procurar “erradicar” la violencia señalada.

La Convención sobre los Derechos del Niño, por otro lado, en su art. 19, manda a los Estados partes a adoptar medidas para “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. El art. 1 del tratado expresa que debe entenderse por “niño” a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Las personas adolescentes se encuentran, en términos jurídicos, en el ámbito de la niñez.

Teniendo en cuenta lo expresado, la Corte Interamericana reiteró que la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer, o que la afecte de manera desproporcionada, es una forma de discriminación, y advirtió que el concepto de violencia relevante para determinar la responsabilidad estatal no se limita a actos de violencia física. Además, notó que las pautas pertinentes emanadas de la Convención sobre los Derechos del Niño imponen la protección de niñas o niños no solo respecto de la violencia física, sino también de otros actos que puedan causarles daño. Señaló que la violencia sexual contra la mujer o la niña comprende, por lo tanto, no solo actos de naturaleza sexual que se ejerzan por medio de la violencia física, sino también otros actos de esa naturaleza que, por otros medios, resulten igualmente lesivos de los derechos de la mujer o la niña o le causen daño o sufrimiento.

Por otro lado, la Corte Interamericana indicó que dentro de las medidas especiales que requieren las niñas y los niños, con fundamento en el art. 19 de la Convención Americana, se encuentra el derecho a la educación, reconocido también como derecho por el art. 13 del Protocolo de San Salvador, que favorece la posibilidad

de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables. El derecho a la educación sexual y reproductiva, que integra el derecho a la educación, debe ser integral, no discriminatoria, estar basada en pruebas, científicamente rigurosa y adecuada en función de la edad. Debe ser apta para posibilitar a las niñas y a los niños un adecuado entendimiento de las implicancias de las relaciones sexuales y afectivas, particularmente, en relación con el consentimiento para tales vínculos y el ejercicio de las libertades con respecto a sus derechos sexuales y reproductivos.

Una educación que se imparta vulnerando derechos humanos no puede cumplir sus cometidos, más aún, resulta del todo contraria a su cumplimiento y, por ende, violatoria del derecho a la educación. Los Estados deben adoptar acciones adecuadas para prevenir violaciones a derechos humanos en el curso del proceso educativo de niñas y niños. Deben, al respecto, tener en consideración la gravedad y especificidades que presentan la violencia de género, la violencia sexual y la violencia contra la mujer. Las niñas y los niños tienen derecho a un entorno educativo seguro y a una educación libre de violencia sexual. Por eso, al igual que el Comité de los Derechos del Niño, la Corte Interamericana señaló que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir y prohibir toda forma de abuso, incluidos los abusos sexuales en las escuelas por el personal docente. Es necesario tener en cuenta, en este marco, la particular vulnerabilidad de las niñas y las adolescentes, que con frecuencia están expuestas al abuso sexual.

Los deberes de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar medidas de protección respecto de niñas y niños, así como del derecho a la educación, conllevan la obligación de proteger a las niñas y adolescentes contra la violencia sexual en el ámbito escolar. También, por supuesto, de no ejercer la violencia en ese ámbito. Los Estados deben establecer acciones para vigilar o monitorear la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y desarrollar acciones para su prevención. Deben existir, también, mecanismos simples, accesibles y seguros para que los hechos puedan ser denunciados, investigados y sancionados.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte Interamericana explicó que, en las circunstancias del caso se produjo el abuso de una relación de poder y confianza, por haber sido los actos sexuales cometidos por una persona que tenía, respecto de Paola, un deber de cuidado dentro del ámbito escolar, en el marco de una situación de vulnerabilidad.

El vicerrector, como autoridad académica, tenía una situación de superioridad y poder, en el ámbito escolar, respecto de la niña. La misma fue aprovechada, en tanto que los actos con implicancias sexuales comenzaron como condición para que él la ayudara a pasar el año escolar. En ese marco, estereotipos de géneros perjudiciales, tendientes a culpabilizar a la víctima, por considerarla “provocadora”, facilitaron el abuso de poder y el aprovechamiento de la relación de confianza para naturalizar actos que resultaron indebidos y contrarios a los derechos de la adolescente.

En cuanto al vicerrector, no sólo se trata de un hombre adulto que tuvo relaciones sexuales con una niña, a la que le llevaba unos cuarenta años, sino además que tenía un rol de poder y deber de cuidado respecto de ella, un aspecto que resulta central. Por ser una autoridad académica del colegio al que asistía Paola Guzmán, el

vínculo era manifestamente desigual, gozando él de una situación de superioridad. El vicerrector no sólo tenía el deber de respetar los derechos de la adolescente, sino también, en virtud de su función de educador, de asegurarle una orientación y educación de acuerdo con sus derechos.

Además, la Corte Interamericana notó que la vulnerabilidad de Paola, en su condición de niña adolescente, se vio potenciada por la ausencia de acciones efectivas para evitar la violencia sexual en el ámbito educativo y por la tolerancia institucional. En ese sentido, se estableció que el personal del colegio conocía la situación y sin embargo la ocultó, culpabilizó y estigmatizó a Paola y, tras la muerte de la adolescente, se buscó procurar la impunidad del vicerrector. Otro factor de vulnerabilidad, además, fue la falta de educación sobre derechos sexuales y reproductivos. Paola no contó con una educación que le permitiera comprender la violencia sexual implicada en los actos que sufrió.

Por otra parte, la Corte Interamericana observó respecto de la violencia sufrida por Paola que supuso una discriminación interseccional, es decir, en la que confluyeron distintos factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, como la edad y el género, y que se enmarcó en una situación de violencia estructural.

Al respecto, indicó que, en virtud de la obligación de no discriminar, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias. Con este objetivo, deben tomar medidas que promuevan el empoderamiento de las niñas e impugnen las normas y los estereotipos patriarcales. No obstante, y a pesar de que en Ecuador la violencia sexual en el ámbito educativo es problema existente y conocido por el Estado, no fueron adoptadas medidas efectivas para revertirlo. No consta que antes de diciembre de 2002 Ecuador adoptara políticas que tuvieran un impacto efectivo en el ámbito educativo de Paola Guzmán, a fin de prevenir o revertir situaciones de violencia de género contra niñas.

Paola del Rosario Guzmán Albarracín fue sometida, por un período superior a un año, a una situación que incluyó acoso, abuso y acceso carnal por el vicerrector de su colegio, lo que conllevó el ejercicio de graves actos de violencia sexual contra ella en el ámbito institucional educativo. Esto resultó una forma de discriminación y de lesión, tolerada por las autoridades estatales, de los derechos de Paola a una vida libre de violencia y a la educación.

Además, la Corte Interamericana advirtió que los efectos de la violencia contra niñas o niños pueden resultar sumamente graves y tener múltiples consecuencias, inclusive psicológicas o emocionales, que pueden derivar en el suicidio o en intentos de cometerlo. La obligación de proteger a niñas y niños contra la violencia abarca las autolesiones y actos suicidas.

Por otra parte, no son admisibles enfoques restrictivos del derecho a la vida, que abarca no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Este derecho se vio afectado en perjuicio de Paola, dado que ella fue sometida, durante más de un año, a una situación continuada de abuso y violencia institucional de carácter discriminatorio que le generó un grave sufrimiento que se hizo evidente con su suicidio.

Las autoridades escolares, por otro lado, cuando conocieron el riesgo de muerte de Paola, no adoptaron acciones diligentes para su atención médica inmediata.

Como se desprende de lo dicho, Ecuador no respetó el derecho de Paola Guzmán a una vida digna y no garantizó la protección de su vida una vez que tomó conocimiento del riesgo de su muerte, consumado finalmente a partir de un acto suicida.

Por todo lo expuesto, el Estado es responsable por la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, a la vida privada y a la educación en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín. Ecuador no observó sus obligaciones de proveer medidas de protección a Paola en su condición de niña ni de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer, así como de velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones respetaran esta obligación. No actuó con diligencia para prevenir esta violencia. El Estado incumplió los deberes de respetar los derechos señalados y de garantizarlos sin discriminación.

### **1.2. Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial**

La Corte Interamericana que, además de la falta de diligencia estatal en los procesos administrativos y judiciales reconocida por Ecuador, hubo una vulneración del derecho a ser oído en un plazo razonable, y que en el curso del proceso penal se adoptaron decisiones sesgadas por preconceptos de género que incidieron en el resultado.

Sobre lo primero, señaló que las autoridades debieron actuar con diligencia estricta por tratarse de una niña víctima de violencia sexual, dada la importancia de la celeridad para cumplir el objetivo primordial del proceso judicial, que exige investigar y sancionar al responsable, que era un funcionario público, como así también contribuir a que los familiares conocieran la verdad sobre lo ocurrido y que se pusiera fin a las humillaciones y a los estigmas y prejuicios denigrantes en relación con lo ocurrido con Paola y que seguían afectándolos. Por el contrario, como el propio Estado reconoció, las autoridades no tomaron medidas para localizar al vicerrector prófugo y someterlo a un proceso. La Corte Interamericana determinó que las autoridades estatales no tomaron medidas al respecto durante al menos cuatro años de los casi seis años que duró el proceso.

En cuanto a lo segundo, la Corte Interamericana consideró que Ecuador abordó el juzgamiento de la muerte y el abuso contra Paola en el marco de un régimen jurídico discriminatorio en cuanto al género, y que no consideró la situación especial de vulnerabilidad en que se encontraba por ser niña y haber sufrido el abuso de autoridad de un adulto y además docente. La Corte Superior de Justicia de Guayaquil consideró que no había existido un delito de acoso sexual pues no fue el vicerrector quién “persiguió” a Paola, sino que ella había requerido sus “favores docentes”. La misma autoridad judicial entendió que la conducta del vicerrector configuraba “estupro”, y explicó, con base en la legislación entonces vigente, que en el delito de estupro se procura “alcanzar el consentimiento y lograr la cópula carnal con mujer honesta”.

Lo anterior denota un análisis sesgado sobre la base de preconceptos de género por dos motivos. Primero, porque descarta la comisión de un delito a partir

de evaluar la supuesta conducta de la víctima, haciéndola responsable del “principio de la seducción”, lo que denota un entendimiento de la mujer como “provocadora”, y permite la violencia sexual, avalando conductas de acoso sexual contra una niña. Segundo, porque el requisito de “honestidad” de la víctima implica que, antes de que sea evaluada la conducta del victimario, se evalúe la conducta de la víctima; por lo tanto, el delito se configura sobre la constatación de determinados requisitos a partir de la conducta de la víctima, de acuerdo con preconceptos de género. Por ello, en el caso, la vulneración de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial estuvo relacionado con la inobservancia del deber de adaptar el derecho interno a la Convención Americana y el derecho a la igual protección de la ley.

### 1.3. Derecho a la integridad de las familiares de Paola

La Corte Interamericana constató que la madre y la hermana de Paola vieron afectada su integridad psíquica y moral por la conducta inadecuada del Estado. Además del sufrimiento por la muerte de la niña y por la vulneración de sus derechos humanos, las mujeres se vieron afectadas por la falta de auxilio a Paola tras la ingesta de fósforo blanco, por la duración excesiva de los procesos judiciales, y por la impunidad, después de casi dieciocho años de ocurrido el hecho. Asimismo, la Corte Interamericana se refirió a la gravedad del mal desempeño del médico forense, que durante la autopsia presentó a la madre el cuerpo abierto de Paola lo cual no pudo producir intensos sufrimientos a la madre.

### 2. Reparaciones

La Corte ordenó al Estado implementar nuevas medidas para corregir y subsanar insuficiencias del proceso a fin de: a) proveer información estadística sobre situaciones de violencia sexual contra niñas o niños en el ámbito educativo; b) promover la detección y denuncia de casos de violencia sexual contra niñas o niños en ese ámbito, c) disponer la capacitación del personal educativo respecto del abordaje y prevención de situaciones de violencia sexual, y d) ofrecer orientación, asistencia y atención a las víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo y/o a sus familiares. De considerarlo conveniente, el Estado podrá acudir a organizaciones como la Comisión Interamericana de Mujeres o el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, a fin de obtener asesoramiento o asistencia para el cumplimiento de lo dispuesto. Además, destacó la importancia de la participación de las niñas y niños en la formulación de las políticas públicas de prevención. Ordenó al Estado, también, la implementación de las medidas en un plazo máximo de seis meses después de haber presentado un informe al respecto ante la Corte Interamericana sin perjuicio de lo que la Corte pudiera disponer en el curso de la supervisión de la sentencia.

También estableció que la sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado brindar tratamiento psicológico y/o psiquiátrico gratuito para la madre y la hermana de Paola, publicar la sentencia, reconocer públicamente su responsabilidad internacional por los delitos cometidos; otorgar, en forma póstuma, el grado de bachiller a Paola del Rosario Guzmán Albarracín, si así fuera aceptado por su madre; declarar un día oficial de lucha contra la violencia sexual en las aulas, e indemnizar a la familia por daño material e inmaterial, con costas y gastos.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido lo ordenado.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24-6-2020, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_405\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf)



**Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho de propiedad. Reconocimiento y determinación de la propiedad comunitaria indígena. Derecho a la participación en proyectos u obras sobre la propiedad comunitaria. Derecho a un medio ambiente sano. Derecho a una alimentación adecuada. Derecho al agua. Derecho a la identidad cultural. Interdependencia de estos derechos. Caso de comunidades indígenas. Participación en la vida cultural. Derechos a las garantías y protección judiciales. Obligaciones de respetar y de garantizar los derechos. Reparaciones. Medidas de restitución. Medidas de satisfacción. Medidas de no repetición. Otras medidas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjawaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete) reclamaron la propiedad de los lotes fiscales colindantes 14 y 55, un área aproximada de 643 000 hectáreas dentro de la provincia de Salta, en el límite con Paraguay y Bolivia. Las comunidades indígenas han ocupado ese territorio de modo constante, al menos desde antes de 1629. A partir de principios del siglo XX fue ocupada por criollos.

El reclamo indígena fue formalizado en 1991. Desde entonces, la política estatal respecto de la propiedad indígena ha ido cambiando, y el Estado ha llevado a cabo distintas actuaciones en relación con la propiedad reclamada. El 15 de diciembre de 1991, el Decreto 2609/91 que estableció la obligación de Salta de unificar los lotes 14 y 55 y adjudicar a las comunidades indígenas una superficie sin subdivisiones mediante un título único de propiedad. En diciembre de 1992, se conformó formalmente la "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat", integrada por personas de distintas comunidades indígenas, con la finalidad, entre otras, de obtener el título de propiedad de la tierra. En 1993 el Estado creó una Comisión Asesora que en 1995 recomendó asignar dos terceras partes de la superficie de los lotes 14 y 55 a comunidades indígenas, lo que fue aceptado por las comunidades.

En 1995 comenzó la construcción de un puente internacional. En septiembre de ese año el puente fue ocupado pacíficamente por comunidades indígenas. El entonces gobernador de Salta se comprometió a emitir un decreto que asegurara la adjudicación definitiva de la tierra. El puente fue finalizado en 1996, sin consultar con las comunidades indígenas. Pese al compromiso asumido, el Estado realizó adjudicaciones de fracciones del lote 55 (Decreto 461/99) y otorgó parcelas a algunas comunidades e individuos asentados en ese lugar. En diciembre de 2000, la provincia presentó una propuesta de adjudicación del lote 55 para la entrega de fracciones a cada comunidad. La asociación Lhaka Honhat rechazó la propuesta, entre otras razones, porque no se contemplaba el lote 14 ni la unidad del territorio. Durante años siguientes, agentes estatales realizaron algunas tareas en el terreno, como mensuras y amojonamiento, sin que hubiera habido definiciones sobre la propiedad de la tierra. En 2007, la Corte de Justicia de Salta, a partir de una acción de amparo presentada por Lhaka Honhat en marzo de 2000, resolvió dejar sin efecto el Decreto 461/99.

En octubre de 2005 Salta realizó un referéndum, en que los electores del Departamento Rivadavia fueron consultados sobre si era su voluntad entregar las tierras correspondientes a los lotes 14 y 55 a sus entonces ocupantes. El “sí” obtuvo el 98% de votos. En marzo de 2006 representantes de Lhaka Honhat y de Salta acordaron que correspondía reconocer a los pueblos indígenas 400 000 hectáreas dentro de los lotes 14 y 55, en un título único. Las comunidades indígenas redujeron su reclamo. El mismo acuerdo fue alcanzado en octubre de 2007 entre Lhaka Honhat y la Organización de Familias Criollas. Todo ello fue refrendado por Salta mediante el Decreto 2786/07. En octubre de 2008 Salta creó un equipo técnico integrado por la Unidad Ejecutora Provincial (UEP), que había sido creada en 2005 para ejecutar tareas relacionadas con la distribución de la tierra de los lotes señalados. En los años siguientes, hubo acciones y reuniones destinadas a lograr acuerdos entre comunidades indígenas y familias criollas sobre la adjudicación territorial. Mediante el Decreto 2398/12, Salta dispuso “asignar, con destino a su posterior adjudicación”, 243 000 hectáreas de los lotes 14 y 55 para las familias criollas y 400 000 hectáreas para las comunidades indígenas, “en propiedad comunitaria y bajo la modalidad de título que cada una de ellas determine”.

En mayo de 2014, mediante el Decreto 1498/14, Salta reconocía y transfería a favor de setenta y un comunidades indígenas la “propiedad comunitaria”, de aproximadamente 400 000 hectáreas de los lotes 14 y 55 y la “propiedad en condominio” de los mismos lotes a favor de múltiples familias criollas. El mismo decreto establecía que, a través de la UEP, se concretaran los actos y trámites necesarios para la “determinación específica” del territorio y los lotes que correspondieran a comunidades indígenas y a familias criollas. Sin embargo, la implementación de medidas sobre el territorio indígena no ha concluido y solo pocas familias criollas fueron trasladadas.

Por último, en el territorio reclamado se han desarrollado actividades ilegales de tala y las familias criollas crían ganado e instalan alambrados. La actividad ha generado una merma de recursos forestales y de biodiversidad que afectó la forma en que tradicionalmente las comunidades indígenas procuraban su acceso a agua y alimentos.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por haber incurrido en la violación de distintos derechos correspondientes a ciento treinta y dos comunidades indígenas, habitantes de los lotes 175 y 5557 del Departamento Rivadavia, en la provincia de Salta, antes conocidos como lotes fiscales 14 y 55. Concluyó que el Estado argentino violó el derecho de propiedad comunitaria y los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, por no haber adoptado medidas efectivas para detener actividades que resultaron lesivas de esos derechos.

Primero, consideró que el Estado argentino violó el derecho de propiedad por no haber creado vías procesales adecuadas ni haber adoptado normativas internas para cumplir con su obligación de garantizar los derechos de las comunidades (art. 21 de la Convención Americana en relación con sus arts. 8.1, 25.1, 1.1 y 2. En relación con la construcción del puente internacional, el Estado incumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas. Por ende, vulneró en su perjuicio, además del derecho de propiedad, el derecho a la participación (arts. 21 y 23.1 de la Convención, en relación con su art. 1.1). Por otra parte, el Estado argentino violó los derechos de las comunidades indígenas a participar en la vida cultural, a mantener su identidad cultural, a gozar de un medio ambiente sano, de una alimentación adecuada, y al acceso al agua (art. 26 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1). Finalmente, determinó que el Estado violó la garantía del plazo razonable (art. 8.1 de la Convención Americana en relación con su art. 1.1).

La Corte consideró que el Estado no es responsable por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ni el derecho a las libertades de pensamiento y de expresión, de asociación, y de circulación y residencia (arts. 3, 13, 16 y 22.1 de la Convención Americana).

Finalmente, ordenó al Estado la adopción de diversas medidas de reparación.

#### 1. Consideraciones previas:

La Corte Interamericana advirtió que el caso bajo estudio involucra comunidades indígenas cuyo número había ido variando con el tiempo, a partir del proceso denominado “fisión-fusión”, propio de su estructura social ancestral. Por eso, aunque el Informe de Fondo emitido el 26 de enero de 2012 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó un número menor, consideró que debía examinar el caso respecto de las ciento treinta y dos comunidades indígenas que habitan los lotes 14 y 55. Esos lotes también están habitados por pobladores criollos.

La Corte Interamericana destacó que las personas o familias no indígenas no son parte en el proceso internacional y que no puede pronunciarse directamente sobre sus derechos. No obstante, notó que en un sentido material están involucrados en el conflicto sustantivo por la tierra. Por ello, entendió pertinente considerar su situación, en el marco de las pautas procesales que rigen la actuación de la Corte Interamericana.

Por otra parte rechazó un argumento del Estado argentino y determinó que era procedente examinar ciertos hechos supervinientes ocurridos después del 26 de enero de 2012, que guardaban relación con el marco fáctico presentado en el Informe de Fondo.

## 2. Fondo:

### 2.1. Derecho de propiedad comunitaria indígena:

La Corte Interamericana advirtió que el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre el territorio ancestral no estaba controvertido. La discusión se centraba en determinar si la conducta ejecutada por el Estado les había brindado seguridad jurídica adecuada y si había permitido el libre ejercicio y goce de ese derecho.

El derecho de propiedad plasmado en el art. 21 de la Convención Americana comprende, en relación con pueblos indígenas, la propiedad comunal de sus tierras. La posesión tradicional de la tierra por parte de las comunidades indígenas debería bastar para el reconocimiento oficial de la propiedad. El Estado debe dar seguridad jurídica al derecho, y, por lo tanto, debe otorgar un título jurídico que lo haga oponible ante las propias autoridades o terceros, para asegurar el goce pacífico de la propiedad sin interferencias externas. El derecho de propiedad comunitaria implica que las comunidades, sobre la base de procesos adecuados de consulta que sigan pautas determinadas, tengan participación efectiva de actividades estatales o de terceros, que puedan afectar la integridad de sus tierras y recursos naturales.

La Corte Interamericana entendió que los Decretos 2786/07 y 1498/14 constituyeron actos de reconocimiento de la propiedad comunitaria sobre la tierra reclamada. Asimismo, valoró el proceso de acuerdos relativos a la propiedad llevados a cabo desde 2007 entre las comunidades indígenas, las organizaciones criollas y el Estado, dado que posibilita al Estado cumplir sus obligaciones y satisfacer los derechos implicados. Sobre el particular, resaltó que el Estado debe cumplir sus obligaciones con las comunidades indígenas, pero, al hacerlo, debe observar también los derechos de la población criolla. Sin embargo, tras más de veintiocho años desde el reclamo, el proceso para concretar la propiedad comunitaria está inconcluso. El Estado no emitió títulos adecuados a fin de brindar seguridad jurídica. Tampoco fue demarcada la tierra, y subsiste la permanencia de terceros.

Además, la Corte Interamericana evaluó que Argentina no cuenta con una normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria. Eso hizo que las comunidades indígenas no contaran con una tutela efectiva de su derecho de propiedad. Por eso, concluyó que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria, en relación con el derecho a contar con procedimientos adecuados y con las obligaciones de garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, incumpliendo el art. 21 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 8, 25, 1.1 y 2.

Por otro lado, la Corte Interamericana notó la relevancia del puente internacional construido, que involucra el tránsito fronterizo y la política estatal con respecto a las fronteras del país. No obstante, el puente se construyó sin procesos

previos de consulta adecuados. Por eso, Argentina violó los derechos de propiedad y participación de las comunidades, incumpliendo los arts. 21 y 23 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1.

**2.2. Derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural:**

Por primera vez en un caso contencioso, la Corte Interamericana analizó los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del art. 26 de la Convención Americana. Consideró procedente examinar estos cuatro derechos en su interdependencia y de conformidad a sus especificidades respecto de pueblos indígenas.

Entendió que la tala ilegal y las actividades desarrolladas en el territorio por la población criolla, puntualmente la ganadería y la instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales e incidieron en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. Lo anterior alteró la forma de vida indígena, y, lesionó su identidad cultural, pues, no obstante su carácter evolutivo y dinámico, las alteraciones de la forma de vida indígena no se basaron en una interferencia consentida.

El Estado tuvo conocimiento de las actividades lesivas y adoptó distintas acciones, que no fueron efectivas para detenerlas. La falta de efectividad estatal en este caso se enmarca en el contexto de las políticas de la Argentina en relación con las comunidades indígenas, que no les ha garantizado la posibilidad de determinar las actividades sobre su territorio. Por ello, el Estado violó el art. 26 de la Convención Americana en relación con su art. 1.1.

**2.3. Garantías Judiciales:**

Por último, la Corte observó que, a partir del amparo presentado por Lhaka Honhat contra el Decreto 461/99, el 15 de junio de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que el Poder Judicial de Salta debía emitir una decisión. Pese a ello, recién tres años después la Corte de Justicia de Salta dejó sin efecto los instrumentos cuestionados. No se advirtió justificación para tal demora, por lo que el Estado violó la garantía judicial del plazo razonable y con ello incumplió el art. 8.1 de la Convención, en relación con su art. 1.1.

**3. Reparaciones:**

La Corte Interamericana ordenó al Estado concluir las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las ciento treinta y dos comunidades indígenas sobre su territorio. El título debe ser único, es decir, uno para el conjunto de todas las comunidades y relativo a todo el territorio, sin perjuicio de los acuerdos de las comunidades sobre el uso del territorio común.

También ordenó al Estado remover del territorio indígena los alambrados y el ganado de pobladores criollos, concretar el traslado de la población criolla fuera de ese territorio y promover que se haga de manera voluntaria, evitando desalojos compulsivos durante los primeros tres años y, en cualquier caso, procurar el efectivo resguardo de los derechos de la población criolla, lo que implica posibilitar su reasentamiento o acceso a tierras productivas con la infraestructura predial adecuada.

La Corte Interamericana dispuso que su sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. También ordenó a Argentina abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, y la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo con pautas señaladas en la sentencia; presentar a la Corte Interamericana un estudio que identifique situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, formular un plan de acción para atender esas situaciones y comenzar su implementación; elaborar un estudio en el que establezca acciones que deben instrumentarse para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación; garantizar el acceso permanente al agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, además de posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada; crear un fondo de desarrollo comunitario e implementar su ejecución; publicar y difundir esta sentencia en lenguas indígenas y en español; adoptar, en un plazo razonable, las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos para tal fin; pagar una suma de dinero en concepto de reintegro de gastos y costas; presentar informes semestrales sobre las medidas de restitución del derecho de propiedad, e informar a la Corte Interamericana las medidas adoptadas para cumplir con lo ordenado.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cumplimiento a lo dispuesto.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 6-2-2020, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf).




---

**Responsabilidad Internacional de Estado. Garantías judiciales. Derecho a la protección judicial. Demora excesiva de un proceso laboral. Plazo razonable. Derecho del Trabajo. Derecho a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. Derecho a la salud del trabajador. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** Victorio Spoltore, empleado de una empresa privada se jubiló en 1987, a los 50 años, y a consecuencia de haber sufrido dos infartos, luego de que se le reconociera un 70 % de incapacidad tras sufrir dos infartos. En junio de 1988, Spoltore presentó una demanda laboral “por indemnización emergente de

enfermedad profesional” contra su empleador ante el Tribunal del Trabajo n.º 3 del Departamento Judicial de San Isidro de la Provincia de Buenos Aires. Argumentó que había adquirido su enfermedad “en el trabajo o con causa o motivo del trabajo” y que a partir de entonces había recibido un trato hostil por parte de la empresa. El Tribunal de Trabajo dictó una sentencia en junio de 1997, nueve años después de iniciado el proceso, por la que rechazó la demanda.

En septiembre de 1997 Spoltore interpuso los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y de nulidad. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJBA) rechazó los recursos en agosto de 2000.

Paralelamente, en septiembre de 1997 Spoltore presentó una denuncia disciplinaria ante la Inspección General de la SCJBA por la demora y negligencia en el proceso por parte del Tribunal de Trabajo. La SCJBA constató la demora, pero resolvió que dado “el excesivo cúmulo de tareas imperante en el Tribunal durante el período aquí investigado, los problemas de salud que padeciera la Actuaria y la ausencia de antecedentes disciplinarios”, cabía únicamente un llamado de atención a la secretaria del tribunal por la demora en varias diligencias de trámite de la causa.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial frente al incumplimiento de la obligación de respetar y garantizar esos derechos, en perjuicio de Victorio Spoltore. Resolvió, además, que el Estado es responsable por la violación del derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador, en relación con el acceso a la justicia y con la obligación de respetar y garantizar esos derechos, en perjuicio de Victorio Spoltore.

### 1. Excepción Preliminar

El Estado argentino alegó que Spoltore debió haber intentado una acción de daños y perjuicios contra la Provincia y que las vías utilizadas no habían sido adecuadas para resolver el reclamo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que el caso se refiere a la alegada duración excesiva de un proceso laboral iniciado contra la empresa privada donde trabajaba la víctima. En este sentido, a diferencia de otros casos en que se alega una violación del plazo razonable, el alegado ilícito internacional se habría producido durante el proceso laboral. Por lo tanto, para cumplir con el agotamiento de los recursos internos era necesario agotar algún recurso que le brindara la oportunidad al Estado de resolver la situación en sede interna.

En primer lugar, la Corte Interamericana señaló que los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y de nulidad presentados por Spoltore y la investigación disciplinaria realizada no eran capaces de responder al daño causado por la alegada demora del proceso laboral.

En segundo lugar, la Corte Interamericana examinó si para la resolución del caso resultaba efectiva la acción de daños y perjuicios que de acuerdo con el Estado debería haber sido intentada por la víctima. Para justificar la idoneidad

y eficacia de la acción de daños y perjuicios, el Estado hizo referencia a tres decisiones judiciales en que se tramitaron reclamos por daños y perjuicios a causa de demoras judiciales en procesos no laborales, sin aportar, no obstante, ninguna copia de las decisiones. Al respecto, la Corte Interamericana expresó que el Estado tenía la carga de la prueba en demostrar la disponibilidad, idoneidad y efectividad práctica del recurso que, según alegó, debía haber sido agotado por el recurrente. Además, destacó que Argentina había reconocido que la acción de daños y perjuicios no se utiliza en casos de demoras judiciales excesivas en procesos laborales. Por tanto, la Corte Interamericana consideró desmedido exigir a la víctima el agotamiento de un recurso que, en la práctica, no se aplica a los fines que el Estado alega que tendría.

En consecuencia, la Corte Interamericana desestimó la excepción preliminar.

## 2. Reconocimiento parcial de responsabilidad

Dado que la Argentina, aunque de forma subsidiaria a los planteamientos realizados como excepción preliminar, reconoció la duración excesiva del procedimiento de indemnización por enfermedad profesional, y la consecuente violación de las garantías y protección judiciales en perjuicio de Victorio Spoltore la Corte Interamericana no consideró necesario abrir la discusión al respecto. El Estado no reconoció las violaciones alegadas de forma autónoma.

## 3. Fondo

**3.1. Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador, en relación con el acceso a la justicia**

La Corte Interamericana sostuvo que el derecho a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador es un derecho protegido por el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En particular, observó que “la prevención de accidentes y enfermedades profesionales” forma parte del derecho a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

La Corte Interamericana concluyó que el derecho a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador se refiere al derecho del trabajador a realizar sus labores en condiciones que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En cumplimiento de las obligaciones de garantizar este derecho, los Estados, entre otras obligaciones, deben asegurar que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible tengan acceso a mecanismos adecuados de reclamo, como la posibilidad de recurrir ante los tribunales, para solicitar una reparación o indemnización.

Spoltore había iniciado un juicio laboral contra la empresa donde había trabajado, con el propósito de que se reconocieran sus problemas de salud como enfermedad profesional y se le otorgara una indemnización. El proceso se extendió por más de doce años y el Estado reconoció que su duración excesiva supuso una violación a la garantía del plazo razonable y el derecho a la protección judicial.

La Corte Interamericana reiteró que el acceso a la justicia es uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador. En consecuencia, dado el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado

por la demora excesiva del proceso judicial laboral, y que a Spoltore no se le garantizó el acceso a la justicia en pos de obtener una indemnización, la Corte Interamericana concluyó que el Estado es responsable de la violación del art. 26 de la Convención Americana (desarrollo progresivo de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y culturales), en relación con los arts. 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial), y 1.1 (respeto y garantía de los derechos y libertades sin discriminación) del mismo instrumento, en perjuicio de Victorio Spoltore.

### 3.2. Derecho a recurrir del fallo (art. 8.2.h)

La Corte Interamericana no condenó al Estado por la violación del art. 8.2.h de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), dado que no se trata de un proceso penal ni de responsabilidad administrativa.

### 4. Reparaciones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado publicar la sentencia, pagar la indemnización por daños inmateriales, con costas, y reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. El fallo está sujeto a supervisión hasta la verificación del pleno cumplimiento de lo dispuesto.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, *Spoltore vs. Argentina* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 9-6-2020, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_404\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf).




---

**Responsabilidad Internacional de Estado. Garantías judiciales. Derecho a recurrir un fallo ante un juez o un tribunal superior. Derecho a la protección judicial. Cláusula Federal. Obligación de respetar y garantizar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** en agosto de 1996 Oscar Raúl Gorioitía —quien al momento de los hechos era Sargento Ayudante de la Policía de Mendoza— fue detenido junto con otros agentes policiales por un homicidio ocurrido durante una persecución judicial. El juez de instrucción procesó a Gorioitía y afirmó que las pruebas obtenidas no bastaban para imputar algún delito al resto del personal policial que había intervenido en la persecución.

En septiembre de 1997 la Cámara Primera del Crimen de Mendoza lo condenó por el delito de homicidio simple con dolo eventual y le impuso una pena de catorce años de prisión. Fue exonerado de la Policía de Mendoza e inhabilitado de por vida.

Días después interpuso un recurso de casación y solicitó la nulidad de la sentencia por falta de motivación y arbitrariedad. En diciembre de 1997 la Segunda

Sala de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó el recurso por considerar que carecía de motivación y no determinaba el agravio de modo preciso.

En febrero de 1998 Gorigoitía interpuso un recurso extraordinario federal contra esa última resolución que fue rechazado. En abril de ese año interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que fue declarado inadmisibile.

De la pena de catorce años que le fue impuesta, Gorigoitía estuvo en prisión nueve años y cuatro meses. Se le otorgó la libertad condicional en diciembre de 2005.

En enero de 1999 Gorigoitía presentó su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en marzo de 2018 la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su caso contra la República Argentina. La Comisión consideró que Gorigoitía no había contado con la posibilidad de recurrir ante una autoridad superior que efectuara una revisión integral de la sentencia, incluidas las cuestiones de hecho y de valoración probatoria alegadas por la defensa mediante el recurso de casación, según lo establece el art. 8.2.h de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en sus arts. 1.1 y 2. Concluyó que, como consecuencia del carácter limitado del recurso de casación, y aún más limitado del recurso extraordinario, Gorigoitía no disponía de recursos judiciales sencillos y efectivos durante el proceso lo que supone una violación del derecho establecido en el art. 25.1 de la Convención, en relación con las obligaciones de sus arts. 1.1 y 2. Por ello, solicitó a la Corte Interamericana que declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en el informe de fondo y que ordenase a Argentina, como medidas de reparación, las recomendaciones incluidas en la decisión.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación del derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (art. 8.2.h) de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Oscar Raúl Gorigoitía, y por el incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la Convención Americana, en relación con su art. 8.2.h) debido a la regulación del recurso de casación en la Provincia de Mendoza en la época en que ocurrieron los hechos del caso.

El Estado no es responsable por la violación del derecho a la protección judicial (art. 25 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1). Tampoco es responsable por la violación a la cláusula federal dispuesta por el art. 28 de la Convención Americana.

#### 1. Excepción preliminar y consideraciones previas:

El Estado alegó una excepción preliminar por la supuesta incompetencia de la Corte Interamericana para practicar un control de convencionalidad respecto de la Ley Provincial 6730 y sus reformas, dado que la norma cuestionada no estaba vigente cuando ocurrieron los hechos.

La Corte Interamericana considera como excepciones preliminares solo los argumentos que podrían impedir la continuación del procedimiento o el pronunciamiento

sobre el fondo. Su competencia contenciosa no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto atribuible al Estado es contrario a la Convención. Pero la Corte debió analizar la compatibilidad entre la regulación del recurso de casación en la Provincia de Mendoza en la época de los hechos y la Convención Americana, así como de las acciones posteriores dirigidas a asegurar la revisión integral en materia de casación. El análisis de la cuestión corresponde al fondo del asunto, específicamente al deber del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno en términos del art. 2 de la Convención. Por esa razón, se desestimó la excepción preliminar.

Además, no admitió la solicitud de los representantes de incluir como víctimas directas a personas que no habían sido identificadas como tales por la Comisión en el informe de fondo.

En relación con el marco jurídico procesal penal relevante para el presente caso, la Corte Interamericana constató que la legislación procesal penal aplicada, en particular sobre el recurso de casación, fue el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza (Ley 1908 de 1950); que estuvo vigente en su totalidad hasta 2004, y, respecto al recurso de casación, hasta el año 1999. Además, que el 20 de septiembre de 2005, la C. S. J. N. emitió la sentencia conocida como “fallo Casal”, que analizó la práctica judicial de los tribunales argentinos, y especialmente de la Cámara de Casación Penal, respecto de la interpretación de las normas que regulan el recurso de casación. Por último, que actualmente en la provincia de Mendoza el recurso de casación es regulado por el Código Procesal Penal provincial (Ley 6730 de 1999, modificada por la Ley 9040 de 2018 con respecto a la estructura y atribuciones del Fuero Penal Colegiado de la Provincia de Mendoza).

## 2. Fondo:

La controversia se centró sobre la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior y del derecho a un recurso judicial efectivo, como resultado de la respuesta de los tribunales internos a los recursos presentados por la defensa de Gorigoitia después de su sentencia condenatoria. La Corte Interamericana estimó que le correspondía pronunciarse sobre si la legislación y las prácticas respecto de la casación en la provincia de Mendoza constituyeron una violación a los arts. 2 y 28.2 de la Convención.

La Corte Interamericana analizó primero la responsabilidad del Estado sobre la alegada violación a los arts. 8.2.h y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y luego sobre el alegado incumplimiento deber de adoptar disposiciones de derecho interno en términos del art. 2 de la Convención Americana y de la cláusula federal prevista en el art. 28 del mismo instrumento.

**2.1. Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y a la protección judicial.**

La Corte Interamericana recordó que el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior requiere la existencia de un medio de impugnación mediante el cual se puedan analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada.

En ese sentido, advirtió que la Suprema Corte de Mendoza rechazó *in limine* el recurso de casación presentado por Gorigoitia por requerir una evaluación del criterio de la Cámara Primera en materia de hechos y de valoración probatoria.

La Corte Interamericana declaró la responsabilidad del Estado argentino por la violación del art. 8.2.h de la Convención Americana. Consideró que la negativa de la Suprema Corte de Mendoza de revisar el fondo de la cuestión planteada por la defensa de Gorigoitia constituyó un hecho ilícito internacional por incumplir el deber de revisión integral del fallo según establece el art. 8.2.h de la Convención Americana.

La Corte Interamericana no se pronunció respecto de las alegadas violaciones al art. 25.1 de la Convención Americana, puesto que no se presentaron argumentos de derecho que permitieran establecer específicamente la falta de idoneidad y efectividad del recurso extraordinario ni del recurso de queja intentado por la defensa de Gorigoitia.

### **2.2. Deber de adoptar medidas de derecho interno y la cláusula federal.**

El deber de adoptar disposiciones de derecho interno implica tanto suprimir las normas y prácticas que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención como promover normas y prácticas conducentes a la observancia de esas garantías.

Respecto de la adopción de esas medidas, todas las autoridades tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad. En el caso, la Corte Interamericana concluyó que no surge de las normas pertinentes del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza que fuera posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias ante un tribunal superior, como lo establece el art. 8.2.h de la Convención, que constituye un incumplimiento de las obligaciones previstas por su art. 2.

En relación con el alegato respecto de la violación a la Cláusula Federal, la Corte Interamericana advirtió que el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir con sus obligaciones internacionales, por lo que no es responsable por la violación al art. 28 de la Convención.

### **3. Reparaciones:**

La Corte Interamericana determinó que fueron adoptadas las siguientes medidas de reparación integral: a) medidas de restitución para garantizar a Gorigoitia el derecho de recurrir el fallo condenatorio emitido por la Cámara Primera, y para que los efectos jurídicos del fallo condenatorio queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo; b) medidas de satisfacción, a saber, la publicación de la sentencia; c) garantías de no repetición, a partir de adecuar el ordenamiento jurídico interno de conformidad con el art. 8.2.h de la Convención Americana; d) medidas de indemnización compensatoria, es decir, el pago de las sumas monetarias fijadas en la sentencia en concepto de daño inmaterial, así como el reintegro de gastos y costas y de los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas.

Además, supervisará el cumplimiento de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado cumpla con lo dispuesto.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Gorigoitía vs. Argentina* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 2-9-2019, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_382\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf).



**Responsabilidad Internacional de Estado. Garantías judiciales. Presunción de inocencia. Derecho a recurrir un fallo ante un juez o tribunal superior. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** Julio César Ramón del Valle Ambrosio y Carlos Eduardo Domínguez Linares fueron imputados por el delito de defraudación por administración fraudulenta calificada, en calidad de partícipes necesarios. En diciembre de 1997 la Cámara Novena del Crimen de Córdoba los declaró en primera instancia cómplices necesarios y les impuso una pena de tres años y seis meses de prisión a cada uno.

La defensa de Domínguez Linares interpuso un recurso de casación. Alegó que la sentencia incurría en un vicio *in iudicando* por una aplicación errónea del Código Penal, y en un vicio *in procedendo* debido a la incongruencia entre la acusación y la sentencia. En diciembre de 1998, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba declaró el recurso de casación formalmente inadmisibile. En virtud de ello, en febrero de 1999 la defensa de Domínguez Linares interpuso ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba un recurso extraordinario, que fue declarado formalmente inadmisibile. Finalmente, en marzo de 2000 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibile el recurso de queja interpuesto por la defensa.

Por su parte, en febrero de 1998 la defensa de del Valle Ambrosio interpuso un recurso de casación contra la sentencia condenatoria. En primer lugar, alegó que, según su criterio, se había aplicado erróneamente la ley sustantiva debido a la inobservancia de las normas establecidas por el código, dado que el Tribunal Superior había valorado la prueba de modo equivocado y de ese modo había forzado los hechos para incluirlos en la calificación de un delito para el que no estaban reunidos los elementos constitutivos del tipo penal. La defensa también cuestionó la aplicación de la pena, por excesiva y carente de motivación. En diciembre de 1998 la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba declaró inadmisibile el recurso de casación. En febrero de 1999 la defensa de del Valle Ambrosio interpuso un recurso extraordinario ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que lo declaró formalmente inadmisibile en junio del mismo año. Por último, en marzo de 2000 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibile el recurso de queja interpuesto por la defensa.

En el caso fueron aplicados los arts. 468 y 455 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (en adelante, CPPC). El art. 468 que regulaba la procedencia del recurso de casación, indicaba que un recurso podía ser interpuesto en caso de inobservancia o aplicación errónea de la ley sustantiva, y por inobservancia de las normas establecidas en el CPCC, bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta (186, segunda parte), el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto o hubiera hecho protesta de recurrir en casación. Por otro lado, el art. 455 del CPPC regulaba los motivos por los cuales un recurso de casación podía ser rechazado o declarado inadmisibile, e indicaba que el recurso no sería concedido por el Tribunal responsable de la resolución impugnada, “cuando ésta fuera irrecurrible, o aquél no fuere interpuesto en tiempo”. Además, el art. 455 disponía que, ante un recurso inadmisibile, el tribunal de alzada no debía pronunciarse sobre el fondo y que el recurso sería rechazado cuando fuera evidente su improcedencia.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación del derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, así como por el incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno debido a la regulación del recurso de casación en la Provincia de Córdoba en la época en que ocurrieron los hechos del caso. En consecuencia, Argentina es responsable por la violación del art. 8.2.h (derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con sus arts. 1.1 (obligación de respetar los derechos sin discriminación) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en perjuicio de Julio César Ramón del Valle Ambrosio y Carlos Eduardo Domínguez Linares.

### 1. Fondo

La Corte Interamericana recordó su jurisprudencia sobre el alcance y contenido del art. 8.2.h, así como sobre los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. En particular, señaló que el artículo prevé un recurso ordinario, accesible y eficaz, que no debe requerir mayores complejidades. Indicó que, para que este recurso sea eficaz, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea, lo cual requiere que puedan ser analizadas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada.

Con respecto al recurso de casación interpuesto por Domínguez Linares, la Corte Interamericana determinó que el recurso había sido declarado inadmisibile en aplicación del art. 455 del CPPC, por tanto, el recurso fue rechazado *in limine*, es decir, sin que los argumentos expuestos por la defensa fueran considerados. Asimismo, advirtió que la inadmisibilidat del recurso se basó en la imposibilidad por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba de realizar una revisión de los hechos determinados por el tribunal *a quo* sobre los cuales se había establecido la calificación legal que la defensa de Domínguez Linares consideraba incorrecta.

Por otro lado, en lo que respecta al recurso interpuesto por del Valle Ambrosio, la Corte Interamericana observó, en primer lugar, que el recurso también había sido declarado inadmisibile en aplicación del art. 455 del CPPC, un rechazo *in limine* que además inhibió al Tribunal *ad quem* de pronunciarse sobre el fondo.

En relación con ambos recursos, la Corte Interamericana advirtió que ambas defensas cuestionaron en particular el modo en que la Cámara Novena del Crímen de Córdoba había evaluado la adecuación o no de los hechos al tipo dolosa del delito de defraudación por administración fraudulenta calificada. No obstante, la propia regulación del recurso de casación y la doctrina judicial que le precedía impidió al tribunal *ad quem* apartarse de las conclusiones fácticas adoptadas por el tribunal *a quo*, lo que llevó a que declarara inadmisibles ambos recursos, sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas

Por último, la Corte Interamericana resaltó que el art. 468 del CPPC, encargado de regular los motivos para poder interponer el recurso de casación, no permitía la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias por un tribunal superior.

A la vista de lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que el Estado es responsable por la violación art. 8.2.h de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2. La Corte no consideró necesario, en este caso, pronunciarse sobre la alegada violación del art. 25.1 de la Convención Americana (derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes).

## 2. Reparaciones

La Corte estableció que su sentencia es por sí misma una forma de reparación. Adicionalmente, ordenó al Estado publicar la sentencia, adecuar su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la sentencia sobre el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y pagar los importes fijados por daño inmaterial. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, *Valle Ambrosio y otro vs. Argentina* (fondo y reparaciones), sentencia de 20-7-2020, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_408\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_408_esp.pdf).



**Responsabilidad Internacional del Estado. Libertad de pensamiento y expresión. Garantías judiciales. Derecho a contar con una comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Derecho de defensa. Derecho a contar con una autoridad disciplinaria imparcial. Principio de legalidad. Independencia judicial. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).**

**Antecedentes del caso:** en abril de 2004, la Corte Suprema de Justicia de Chile autorizó a Daniel David Urrutia Laubreaux, entonces juez de garantía de Coquimbo, a asistir al Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización. En noviembre de 2004 Urrutia Laubreaux informó a la Corte Suprema que había aprobado el diplomado y acompañó el informe final. En ese trabajo académico proponía que el Poder Judicial adoptara determinadas medidas de reparación por la responsabilidad que habría tenido en las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar chileno.

En respuesta, en diciembre de 2004, el secretario de la Corte Suprema remitió el trabajo académico a la Corte de Apelaciones de La Serena, órgano competente para sancionar disciplinariamente al juez. Además, le devolvió el trabajo académico a Urrutia Laubreaux y le informó que la Corte Suprema había estimado que contenía “apreciaciones inadecuadas e inaceptables” para el tribunal.

En marzo de 2005, la Corte de Apelaciones de La Serena impuso a Urrutia Laubreaux una medida disciplinaria de “censura por escrito”, en aplicación del art. 323.1 y 323.2 del Código Orgánico de Tribunales. Consideró que el trabajo académico representaba “una manifestación de expresión desmedida de un juez de la República para referirse a actuaciones de sus superiores jerárquicos”. Urrutia Laubreaux apeló la decisión ante la Corte Suprema en abril de 2005. En mayo de 2005, la Corte Suprema confirmó la resolución impugnada, redujo la sanción a una “amonestación privada” y ordenó que se registrara en el legajo personal del magistrado.

En mayo de 2018, de acuerdo con las recomendaciones del Informe de Fondo, la Corte Suprema de Justicia de Chile dejó sin efecto la sanción, ya que consideró que el trabajo académico constituía una manifestación de la libertad de expresión del juez Urrutia Laubreaux.

**Sentencia:** la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República de Chile por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, a las garantías judiciales y al principio de legalidad, en relación con la obligación de respetar y garantizar esos derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio del juez Urrutia Laubreaux.

La Corte Interamericana concluyó que el Estado de Chile era responsable por la violación de los arts. 13, 8.1, 8.2.b), 8.2.c) y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Daniel David Urrutia Laubreaux.

## 1. Excepciones preliminares y consideraciones previas

El Estado de Chile interpuso seis excepciones preliminares. Dos de ellas (sobre la solicitud de control de legalidad del sometimiento del caso y sobre la fórmula de cuarta instancia) eran relativas a la admisibilidad de la totalidad del caso, por lo cual fueron examinadas como excepciones preliminares. En tanto, las demás excepciones se relacionaban con la inclusión de hechos nuevos por parte de los representantes y fueron examinadas en las consideraciones previas.

En cuanto a la solicitud de control de legalidad sobre el sometimiento del caso ante la Corte Interamericana, este tribunal concluyó que el Estado chileno no había demostrado que la presunta omisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con motivar el sometimiento del caso a la Corte Interamericana, ocasionara un error grave que lesionara su derecho de defensa. Sobre la fórmula de la cuarta instancia y la complementariedad del sistema interamericano, la Corte Interamericana consideró que era competente para decidir sobre el contenido de resoluciones judiciales que se opusieran de modo manifiestamente arbitrario a la Convención Americana. Asimismo, indicó que los alegatos del Estado relativos a la complementariedad del sistema interamericano se referían a cuestiones de fondo, por lo que no serían analizados dentro de la excepción preliminar. Por esas razones, la Corte Interamericana no hizo lugar a las excepciones preliminares presentadas por el Estado de Chile.

En lo relativo a las consideraciones previas relacionadas con la delimitación del marco fáctico del caso, la Corte Interamericana consideró que la Comisión no había examinado si los hechos incluidos en el acápite “Otros procesos disciplinarios”, del Informe de Fondo, constituían o no una violación a la Convención Americana, por lo que no fueron sometidos a su conocimiento. Por otra parte, los hechos no incluidos en el Informe de Fondo e incluidos en el escrito de argumentos y pruebas no habían tenido el propósito de explicar o aclarar los sucesos referidos en el informe. Además, los hechos informados por los representantes en escritos posteriores a su escrito de solicitudes y argumentos no tenían relación con el objeto del caso, por lo que no podían ser considerados como hechos supervinientes. En consecuencia, la Corte Interamericana excluyó estos hechos del marco fáctico del caso, el cual limitó al proceso disciplinario iniciado contra el juez Urrutia Laubreaux en 2004.

## 2. Fondo

### 2.1. Derecho a la libertad de pensamiento y expresión

La Corte Interamericana recordó que, debido a sus funciones en la administración de justicia, la libertad de expresión de los jueces y juezas puede estar sujeta a restricciones especiales. La compatibilidad de dichas restricciones con la Convención Americana debe ser analizada en cada caso concreto, tomando en cuenta el contenido de la expresión y las circunstancias de la misma. En este caso, la Corte Interamericana constató que no era acorde a la Convención Americana sancionar las expresiones realizadas en un trabajo académico sobre un tema general y no un caso concreto, como el realizado por la víctima.

Por otro lado, consideró que la decisión de la Corte Suprema de Chile de 2018 había constituido un adecuado y oportuno control de convencionalidad de la sanción

de amonestación privada impuesta a Urrutia Laubreaux en 2005, en tanto reconoció, cesó y reparó parcialmente la violación al derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la sanción se mantuvo en el legajo personal de Urrutia Laubreaux por más de 13 años, lo cual razonablemente afectó su carrera judicial. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que Chile había violado el art. 13 de la Convención Americana, en perjuicio de Urrutia Laubreaux.

## 2.2. Derecho a las garantías judiciales

En primer lugar, la Corte Interamericana constató que en ningún momento previo a la imposición de la sanción Urrutia Laubreaux había sido informado del inicio de un proceso disciplinario en su contra ni de las normas presuntamente infringidas. Tampoco se le había brindado un análisis claro y concreto respecto a la aplicación de esas normas, lo que constituyó una violación de la garantía de contar con información previa y detallada del proceso iniciado en su contra, establecida en el art. 8.2.b) de la Convención Americana. También advirtió que la Corte de Apelaciones de La Serena no había ofrecido a Urrutia Laubreaux una oportunidad para ejercer su derecho de defensa en forma escrita u oral, lo que significó una vulneración adicional al derecho a la defensa del nombrado, reconocido en el art. 8.2.c).

En segundo lugar, la Corte Interamericana entendió que algunos de los ministros, que habían manifestado su opinión sobre el trabajo académico de Urrutia Laubreaux con anterioridad, también habían intervenido en el conocimiento de la apelación de la decisión sancionatoria y habían remitido el trabajo académico al órgano competente para sancionarlo, lo que dio inicio al proceso disciplinario. La Corte Interamericana consideró que las actuaciones habían sido suficientemente significativas para comprometer la imparcialidad de la Corte Suprema de Justicia en la resolución de la apelación interpuesta por Urrutia Laubreaux y se había violado su derecho a contar con una autoridad disciplinaria imparcial, tutelado en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1.

## 2.3. Principio de legalidad

La Corte Interamericana recordó que el hecho de que una norma concediera algún tipo de discrecionalidad no era incompatible con el grado de previsibilidad que debía ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debía ejercer hubiera sido indicado con suficiente claridad para brindar una adecuada protección y evitar una interferencia arbitraria.

La Corte Interamericana consideró que el art. 323.4 del Código Orgánico de Tribunales prohibía “atacar en cualquier forma” la conducta de otros jueces o magistrados. La norma no establece qué tipo de actos pueden ser considerados como un ataque y la frase “en cualquier forma” contiene un alto grado de indeterminación, por lo que puede ser interpretada en el sentido de que no es necesario que el ataque sea publicado. Por tanto, la norma permite una amplia discrecionalidad al encargado de ejercer la potestad disciplinaria y no protege contra la posibilidad de que sea utilizada arbitrariamente.

Asimismo, la Corte Interamericana advirtió que normas de este tipo vulneraban no solo el principio de legalidad, sino también la independencia judicial. La garantía

para todo habitante de ser juzgado por el juez “independiente” que menciona el art. 8.1 de la Convención Americana presupone la existencia de jueces “independientes”, es decir, que todo Estado respete la independencia judicial. Si bien existen limitaciones inherentes a la función judicial en cuanto a sus manifestaciones públicas, en especial en relación con los casos sometidos a sus decisiones jurisdiccionales, no deben confundirse con las que hacen a la crítica que pueda dirigir a los otros jueces y menos aún a la defensa pública de su propio desempeño funcional.

La Corte Interamericana determinó que la Corte Suprema de Chile, para sancionar al juez Urrutia Laubreaux, había utilizado un artículo (el 323.4 del Código Orgánico de Tribunales) que permitía una discrecionalidad incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar una norma, por lo que violaba el principio de legalidad contenido en el art. 9 de la Convención Americana.

En consecuencia, la Corte Interamericana consideró al Estado responsable por la violación del art. 9 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Urrutia Laubreaux.

### 3. Reparaciones

La Corte Interamericana ordenó al Estado chileno publicar la sentencia, suprimir el art. 323.4 del Código Orgánico de Tribunales y pagar las indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como las costas y los gastos. Finalmente, la Corte Interamericana supervisará el cumplimiento de lo dispuesto hasta que se haga efectivo.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Caso *Urrutia Laubreaux vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 27-8-2020, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_409\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf)





# ÍNDICES

*investigaciones*



## POR PAÍSES

**ALEMANIA:** 52.

**BOLIVIA:** 150.

**CANADÁ:** 159.

**CHILE:** 109.

**BÉLGICA:** 21, 71.

**BRASIL:** 36, 60, 89, 152, 155.

**COLOMBIA:** 13, 48, 67, 74, 101.

**ESTADOS UNIDOS:** 11, 18, 105, 111, 163, 167.

**ESPAÑA:** 27, 31, 76, 80.

**FRANCIA:** 41, 99, 114.

**INDIA:** 43.

**ITALIA:** 44, 85, 116, 169.

**REINO UNIDO:** 65, 93, 97, 161.

**REPÚBLICA DE COREA:** 63.

**SUDÁFRICA:** 148.

## POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS:** 118, 122.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:** 171, 174, 177, 181, 189, 194, 197, 201, 204.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:** 126, 130, 132, 134, 135, 138, 140, 142, 145.

## TEMÁTICO

### **ACCIÓN DE TUTELA:** 101.

- Derecho a morir dignamente: 101.
- Tutela como mecanismo principal: 101.

### **DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA:** 31, 93, 171, 181.

- Daño irreversible al cerebro: 93.
- Inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y el nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad: 31.
- Interés superior del niño: 93.
- Prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas: 171.
- Responsabilidad internacional del Estado: 171, 181.
- SopORTE vital: 93.

### **DERECHO A LA EDUCACIÓN:** 11, 13, 18, 21, 181.

- Asistencia del Estado a través de programas tributarios: 11.
- Educación religiosa: 11.
- Estudiante embarazada: 13.
- Idioma en peligro de extinción: 18.
- Manual de convivencia: inaplicación por ser contrario a la constitución y obstaculizar la educación de una estudiante embarazada: 13.
- Medidas discriminatorias: 13.
- Neutralidad educativa: 21.
- Libertad de elección de los padres: 21.
- Libertad de enseñanza: 21.
- Libertad de opinión: 21.
- Obligación del Estado de preservar la cultura, la historia y el idioma: 18.
- Programa de inmersión en idioma hawaiano en escuelas públicas: 18.
- Prohibición de discriminación: 11.
- Protección durante el embarazo y después del parto: 13.
- Responsabilidad internacional del Estado: 181.
- Vulneración por denegación de cupo: 13.

### **DERECHO A LA HONRA:** 171, 181.

- Prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas: 171.
- Responsabilidad internacional del Estado: 181.

### **DERECHO A LA IDENTIDAD:** 48, 97.

- Derecho a la identidad: 48.
- Derecho a la identidad de género: 97.
- Derechos reproductivos: 97.
- Diferencia material entre género y estado parental: 97.
- Cambio de género: 97.
- Inscripción del hijo como padre o progenitor: 97.

Inscripción registral de una menor: 48.

**DERECHO A LA IGUALDAD:** 21, 27, 44, 71, 148, 163, 174, 181

Derecho a la igualdad ante la ley: 27, 148, 174, 181.

Derecho a la igualdad ante la ley. Protección y beneficios: 148.

Derecho a la igualdad de oportunidades: 163.

Derecho a la igualdad entre los ciudadanos: 21.

Derecho a una vida digna: 21.

Diferencia de trato: 71.

Ley de reforma agraria: 148.

Principio de igualdad de trato: 71.

Principio de laicidad del Estado: 44.

Principio de proporcionalidad: 71.

Prohibición de discriminación: 21.

Prohibición de discriminación por razones de sexo: 71.

Responsabilidad internacional del Estado: 181.

**DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL:** 31, 171, 181.

Derecho a la integridad física y moral: 31.

Finalidad de las penas privativas de la libertad: 171.

Obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos sin discriminación: 181.

Deber del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno: 181.

Respeto por la integridad física, psíquica y moral: 171.

Responsabilidad internacional del Estado: 171, 181.

**DERECHO A LA INTIMIDAD:** 13, 31, 36, 56.

Calumnia, injuria y difamación: 36.

Derecho a la intimidad: 31, 36.

Derecho a la inviolabilidad de la confidencialidad de la correspondencia: 52.

Estudiante embarazada: 13.

Manual de convivencia: inaplicación por ser contrario a la constitución y obstaculizar la educación de una estudiante embarazada: 13.

Medidas discriminatorias: 13.

**DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO:** 11, 21, 44, 93.

Cláusula de libre ejercicio contenida en la constitución Federal: 11.

Colisión entre la Constitución Federal y una Constitución Estadual: 11.

Derecho a expresar las propias convicciones religiosas: 21.

Derecho de los no creyentes, ateos y agnósticos: 44.

Discriminación: 44.

Libertad de conciencia: 44, 93.

Libertad religiosa: 21, 93.

**DERECHO A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN:** 36, 40, 99.

Abuso: 40.

Derecho a la información veraz: 36.

Derecho a la vida privada: 36, 99.  
Ley de Lucha Contra las Expresiones de Odio en Internet: 40.  
Lucha contra el fraude y la evasión fiscal: 99.

**DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 40, 43, 99.

Abuso: 40.  
Defensa de las instituciones y del sistema democrático: 36.  
Derecho a la información veraz: 36.  
Derecho a la vida privada: 36, 99.  
Desacato: 43.  
Ley de Lucha Contra las Expresiones de Odio en Internet: 40.  
Lucha contra el fraude y la evasión fiscal: 99.  
Redes sociales: 43.

**DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN:** 43.

Desacato: 43.  
Redes sociales: 43.

**DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO:** 44, 93.

Derecho de los no creyentes, ateos y agnósticos: 44.  
Discriminación: 44.  
Libertad de conciencia: 44, 93.  
Libertad de religión: 93.

**DERECHO A LA LIBERTAD DE PRENSA:** 52.

Espionaje a periodistas: 52.  
Servicio de inteligencia federal: 52.  
Telecomunicaciones extranjeras: 52.

**DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL:** 85, 174, 177.

Derecho a la autodeterminación del enfermo terminal: 85.  
Detención arbitraria: 174.  
Eutanasia: 85.  
Suicidio asistido: 85.  
Plazo razonable: 174.  
Prisión preventiva: 174, 177.  
Responsabilidad internacional del Estado: 174, 177.

**DERECHO A LA PERSONALIDAD:** 48, 63.

Derecho a la autodeterminación de la mujer embarazada: 63.  
Derecho a la dignidad humana: 63.  
Derecho a la personalidad humana: 63.  
Derecho a la personalidad jurídica: 48.  
Reconocimiento: 48.  
Estado civil: 48.

**DERECHO A LA PRIVACIDAD:** 52.

Derecho a la inviolabilidad de la confidencialidad de la correspondencia: 52.

**DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES:** 99.

Derecho al respeto a la vida privada: 99.

Lucha contra el fraude y la evasión fiscal: 99.

**DERECHO A LA SALUD:** 31, 63, 65, 67, 71, 74, 89, 194.

Aborto: 63, 65.

Criminalización del aborto: 63.

Deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud: 67.

Derecho a la salud del trabajador: 194.

Derecho a la protección de la salud: 31.

Derecho a la vida digna: 67.

Donación de sangre: 71.

Embarazada con retraso mental: 65.

Incapacidad: 65.

Ley de aborto de 1967 (Reino Unido): 65.

Ley de Salud mental de 2005 (Reino Unido): 65.

Pueblos indígenas. Vulneración de sus derechos en el contexto de la pandemia de COVID-19: 89.

Responsabilidad internacional del Estado: 194.

Riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas por sangre: 71.

Salud pública: 71.

Trasplante de órganos: 74.

Trasplante de órganos –Metodología de inclusión en la lista de espera: 74.

Violencia intrafamiliar: 67.

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:** 74

Derecho de la entidad prestadora: libertad para contratar la institución prestadora: 74.

Derechos del usuario: libertad de elección de la institución prestadora de salud: 74.

**DERECHO A LA VIDA:** 67, 85, 89, 93, 181.

Daño irreversible en el cerebro: 93.

Deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud: 67.

Derecho a la autodeterminación: 85.

Derecho a la libertad personal: 85.

Derecho a la salud: 67.

Derecho a la vida digna: 67.

Eutanasia: 85.

Interés superior del niño: 93.

Principio de sacralidad de la vida: 93.

Pueblos indígenas. Vulneración de sus derechos en el contexto de la pandemia de COVID-19: 89.

Suicidio asistido: 85.

Tratamiento de soporte vital: 93.  
Responsabilidad internacional del Estado: 181.

**DERECHO A MORIR DIGNAMENTE:** 63, 93, 101.

Acción de tutela como mecanismo principal: 101.  
Condiciones para su garantía: 101.  
Deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud: 67.  
Enfermedad terminal como requisito: 101.  
Eutanasia: 101.  
Inexistencia de un documento de voluntad anticipado: 101.  
Solicitud de un pariente a favor del enfermo: 101.  
Tratamiento de soporte vital: 93.

**DERECHO ADMINISTRATIVO:** 105, 111, 169.

Arbitrariedad manifiesta en las decisiones de gobierno: 105.  
Código de Circulación: 169.  
Código de Circulación. Inconstitucionalidad del retiro automático de la licencia de conducir a personas sometidas a medidas preventivas antimafia: 169.  
Derecho al debido proceso: 105.  
Derechos de los inmigrantes: 105.  
Principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad: 169.  
Procedimiento de deportación abreviado: 111.  
Responsabilidad de los organismos o agencias estatales en los actos de gobierno: 105.  
Revisión de las decisiones administrativas y ejecutivas: 111.  
Revisión de las decisiones administrativas y ejecutivas: alcance, límite, interpretación: 111.

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO:** 43, 76, 80, 105, 109, 174, 181, 194, 197, 201, 204.

Demora excesiva en un proceso laboral: 194.  
Derecho a contar con una autoridad disciplinaria imparcial: 204.  
Derecho a contar con una comunicación previa y detallada de la acusación formulada: 204.  
Derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías: 80, 204.  
Derecho a la tutela judicial efectiva: 76, 80, 181, 194.  
Derecho a obtener una investigación eficiente y eficaz: 76.  
Derecho a recurrir un fallo: 197, 201, 204.  
Derecho a ser oído: 174.  
Derecho de defensa: 204.  
Derechos de los inmigrantes: 105.  
Estado de emergencia por COVID-19: 43.  
Independencia judicial: 204.  
Perspectiva de género: 76.  
Presunción de inocencia: 174, 201.  
Principio de legalidad: 204.  
Principio de proporcionalidad: 109.  
Principio ne bis in idem: 109.

Proceso administrativo: 105.

Responsabilidad de los organismos o agencias estatales en los actos de gobierno: 105.

Responsabilidad internacional del Estado: 174, 181, 194, 201, 204.

**DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD:** 13, 31.

Estudiante embarazada: 13.

Inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y el nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad: 31.

Manual de convivencia escolar: inaplicación por ser contrario a la constitución y obstaculizar la educación de una estudiante embarazada: 13.

Medidas discriminatorias: 13.

**DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA:** 97, 99.

Derecho a la protección de los datos personales: 99.

Lucha contra el fraude y la evasión fiscal: 99.

**DERECHO AMBIENTAL:** 189.

Derecho a un medio ambiente sano: 189.

Responsabilidad internacional del Estado: 189.

**DERECHO DE ASILO:** 111.

Demostración de temor real de ser perseguido como posibilidad para establecer la elegibilidad para obtener el asilo: 111.

Deportaciones inmediatas: 111.

Procedimiento de deportación abreviado: 111.

Revisión de las decisiones administrativas y ejecutivas: 111.

Revisión de las decisiones administrativas y ejecutivas: alcance, límite, interpretación: 111.

**DERECHO DE FAMILIA:** 67, 114, 116

Adopción: 114.

Cambio de género: 97.

Deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud: 67.

Derechos del niño: 116.

Derechos reproductivos: 97.

Diferencia material entre género y estado parental: 97.

Guarda preadoptiva: 114.

Inscripción del hijo como padre o progenitor: 97.

Inseminación intrauterina: 97.

Interés superior del niño: 114, 116.

Menores: 116.

Padre biológico: 114.

Parto secreto: 114.

Responsabilidad parental: 116.

Responsabilidad parental: Suspensión. Pena accesoria. Automatismo en su aplicación: 116.

Retención del hijo menor en el extranjero: 116.

Sustracción internacional: 116.

Violencia intrafamiliar: 67.

**DERECHO DE PROPIEDAD:** 80, 148, 189.

Derecho a la participación en proyectos u obras sobre la propiedad comunitaria indígena: 189.

Desalojo: 80.

Inviolabilidad del domicilio: 80.

Leyes del apartheid: 148.

Ocupación ilegal de viviendas: 80.

Propiedad de la tierra: 148.

Reconocimiento y determinación de la propiedad comunitaria indígena: 189.

Responsabilidad internacional del Estado: 189.

**DERECHO DE LOS CONSUMIDORES:** 152, 155.

Defensa del consumidor: 152, 155.

Libre iniciativa: 152, 155.

Libre competencia: 152, 155.

Libre competencia e igualdad. Imposibilidad de restringir la entrada en un mercado: 155.

Medida desproporcionada: 155.

**DERECHO DEL TRABAJO:** 27, 150, 152, 155, 163, 194.

Derecho a la estabilidad laboral: 150.

Derecho a la salud del trabajador: 194.

Derecho a la seguridad jurídica: 150.

Derecho a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias: 194.

Despido arbitrario: 163.

Discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género: 163.

Libertad profesional: 155.

Libre iniciativa: 152, 155.

Libre competencia: 152, 155.

Prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo: 27.

Responsabilidad internacional del Estado: 194.

Valor social del trabajo: 155.

**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO:** 159.

Acto de doctrina del Estado: 159.

Crímenes contra la humanidad: 159.

Derecho internacional consuetudinario: 159.

Derechos Humanos: 159.

Esclavitud: 159.

Ius cogens: 159.

Tratos crueles, inhumanos y degradantes: 159.

Trabajos forzados: 159.

**DERECHO PENAL:** 161, 174.

Delitos sexuales contra niños: 161.

Derecho a la libertad personal: 174.  
 Detención arbitraria: 174.  
 Pedofilia: 161.  
 Prisión preventiva: 174.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 174.

**DERECHO PROCESAL PENAL:** 36, 60, 161.

Apertura de una investigación preliminar administrativa por parte del Tribunal Supremo Federal: 36.  
 Defensa de las instituciones y del sistema democrático: 36.  
 Expectativa razonable de privacidad. Art. 8 CEDH.: 161.  
 Prueba: obtención por medios ocultos. Legalidad: 161.  
 Prueba: validez: 60.  
 Seguridad pública: 60.

**DERECHOS POLÍTICOS:** 189.

Derecho a la participación: 189.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 189.

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO:** 171, 174, 177, 181, 189, 194, 197, 201, 204.

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: 174, 181, 189, 197, 201, 204.  
 Derecho a la honra: 171.  
 Derecho a la integridad personal: 171.  
 Derecho a la dignidad: 171.  
 Derecho a la libertad de pensamiento: 204.  
 Derecho a la libertad de expresión: 204.  
 Derecho a la libertad personal: 174, 177.  
 Derecho a la tutela judicial efectiva: 194, 201.  
 Derecho a la vida: 181.  
 Derecho al debido proceso: 197.  
 Derecho de defensa: 204.  
 Derecho de igualdad ante la ley: 174.  
 Derecho de propiedad: 189.  
 Derechos de los familiares: 171, 181.  
 Derechos de niños, niñas y adolescentes: 181.  
 Derechos económicos, sociales y culturales: 189.  
 Derechos políticos: 189.  
 Garantías judiciales y protección judicial: 174, 177, 194, 197, 204.  
 Obligación de respetar los derechos: 174, 197, 201.  
 Plazo razonable: 174, 189, 194.  
 Reparaciones: 189.  
 Violencia de género: 181.

**VIOLENCIA DE GÉNERO:** 181.

Obligación del Estado de prevenir actos de violencia contra la mujer: 181.

Obligación del Estado de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer: 181.

Violencia de género en el ámbito educativo: 181.

## **DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **DERECHO A LA EDUCACIÓN: 118.**

Educación religiosa: 118.

Exención: 118.

### **DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: 118, 126.**

Adecuación del nivel de protección garantizado en el país tercero: 126.

Adecuación de la protección garantizada por el Escudo de Privacidad Unión Europea-Estados Unidos: 126.

Tratamiento de datos transferidos de usuarios de Facebook por parte de las autoridades públicas de un país tercero con fines de seguridad nacional: 126.

### **DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 118, 122.**

Libertad individual: 118.

Menores: 122.

Régimen preadoptivo: 122.

Violencia intrafamiliar: 122.

### **DERECHO AMBIENTAL: 135.**

Actividad desempeñada en interés de la colectividad por una delegación legal de funciones: 135.

Concepto de “actividad profesional”: 135.

Concepto de “gestión corriente de los parajes”: 135.

Daño no significativo: 135.

Medio ambiente: 135.

Responsabilidad ambiental: 135.

### **DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: 130, 132, 134, 142**

Circunstancias extraordinarias: 142.

Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos: 142.

Concepto de accidente: 134.

Convenio de Montreal: 134.

Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores: 130.

Contrato de préstamo denominado en divisas: 130.

Examen de oficio de cláusulas que no forman parte del objeto de la demanda: 130.

Exención: 142.

Lesión corporal de un pasajero de una aeronave en vuelo: 134.

Medidas razonables: 142.

Obligación del comerciante de indicar su número de teléfono y su número de fax “cuando proceda”: 132.

Pasajeros conflictivos: 142.

Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento: 132.

Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente: 134.

Transporte aéreo: 134, 142.

**DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS:** 138.

Denegación de la concesión o revocación del estatuto de refugiado en caso de amenaza para la seguridad o la comunidad del Estado miembro de acogida: 138.

Espacio de libertad, seguridad y justicia: 138.

Estatuto de refugiado: 138.

Protección internacional: 138.

Refugiados: 138.

**EXTRADICIÓN:** 145.

Acuerdo sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, por una parte, e Islandia y Noruega, por otra: 145.

Comprobación de las garantías previstas en el art. 19, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 145.

Extradición de un nacional islandés a un tercer Estado: 145.

Falta de protección equivalente de los nacionales de otro Estado: 145.

Nacional islandés que recibió asilo con arreglo al derecho nacional antes de adquirir la ciudadanía islandesa: 145.

Protección de los nacionales de un Estado miembro frente a la extradición: 145.

Restricción a la libre circulación: 145.

Restricción a la libre circulación; justificación basada en la prevención de la impunidad: 145.

Restricción a la libre circulación; proporcionalidad: 145.

**RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS:** 140.

Concepto de “indemnización justa y adecuada”: 140.

Infracción del derecho de la Unión: 140.

Obligación de incluir a la víctima en el régimen nacional de indemnización: 140.

Régimen nacional de indemnización de las víctimas de delitos dolosos violentos que garantizan una indemnización justa y adecuada.

Víctima residente en el territorio del Estado miembro en el que se cometió el delito doloso violento: 140.

**PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL:** 126, 130, 132, 134, 135, 138, 140, 142, 145.

Derecho a la protección de datos personales: 126.

Derecho de los consumidores: 130, 132, 134, 142.

Extradición: 145.

Medio ambiente: 135.

Procedimiento prejudicial de urgencia: 145.

Refugiados: 138.

Responsabilidad de los Estados miembros: 140.





