

investigaciones



1 [2021]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

investigaciones

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dirección General de Bibliotecas

Bibl. María Beatriz Sampedro

Oficina de Referencia Extranjera

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

Colaboradores:

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

Dra. Andrea S. Bartos

Trad. Laureana Cayuso

Lic. Paula M. Frondizi

Lic. Sebastián Galdós

Corr. María Petracchi

Dra. Marisol Rodríguez

Diseño, fotografía de tapa y diagramación de interiores:

DG. Pablo Molina Almirón

Fotografía de contratapa:

Centro de Información Judicial

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

Edición *online*

Talcahuano 550, 7° piso, 7057

CPA C1013AAL, Buenos Aires, Argentina

Teléfono: 4370-4639

Fax: 4373-7501

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

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

investigaciones 1[2021]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz

Vicepresidenta

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

Ministros

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Dr. Horacio Daniel Rosatti

investigaciones 1[2021]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2021. Año XXV-

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 autodeterminación informativa. Vigilancia domiciliaria electrónica. Tobillera electrónica. (Alemania).

Antecedentes del caso: los recurrentes son dos delincuentes que cumplieron su condena en prisión. Uno de ellos fue condenado en 1990 por haber obligado a tener relaciones sexuales a una mujer, apuñalarla con una bayoneta y ahogarla en un lago. El otro violó a varias mujeres, entre ellas a una colega embarazada y a una adolescente.

La vigilancia domiciliaria electrónica en Alemania se impuso por ley tras el reordenamiento de la ley de prisión preventiva y su reglamentación, el 22 de diciembre de 2010, y entró en vigor el 1 de enero de 2011. El motivo de este reordenamiento fue la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos del 17 de diciembre de 2009 (*M. v. Alemania*, n.º 19359/04). El tribunal declaró en esa oportunidad que la prisión preventiva posterior al período máximo de diez años era contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, las personas con pronóstico negativo, con posibilidades de reincidencia, fueron puestas en libertad y luego monitoreadas por la policía. Según la voluntad del legislador, las medidas de vigilancia domiciliaria deberían ser nimias. El monitoreo domiciliario se realiza a través del sistema de posicionamiento global (*Global Positioning System* - GPS). La condición es que el dispositivo receptor sea colocado en el tobillo de la persona controlada. Se trata de una pequeña caja con la señal satelital de GPS, que permite detectar todo el tiempo dónde se encuentra su portador. Los movimientos solamente pueden ser examinados si en el puesto de control central en la ciudad de Witerstadt, en el oeste de Alemania, se activa la alarma. Esto sucede cuando la persona abre el grillete con violencia o está por ingresar o abandonar una zona sin autorización. Los colaboradores del puesto de control llaman entonces al portador al celular y, si es necesario, dan alerta a la policía. En la mayoría de los casos, el equipo solamente necesita una recarga de energía.

La vigilancia domiciliaria electrónica fue agregada en la doceava enumeración del catálogo de directivas en el contexto de la supervisión de conductas del art. 68b.1.1 del Código Penal. Este artículo, en las oraciones 3 y 4, especifica que la supervisión de la conducta se produce debido a la ejecución total de una pena de prisión de al menos tres años o de la ejecución de una medida de seguridad que fuera impuesta como consecuencia de la comisión del delito previsto en el art. 66.3 del Código Penal (delitos contra la vida y delitos contra la integridad sexual, a los que posteriormente se agregó también el terrorismo, y siempre con el riesgo que la persona cometa más delitos de ese tipo). La vigilancia domiciliaria electrónica se incorporó con el fin que la persona no vuelva a cometer delitos graves: contra la vida, la integridad física, la libertad personal o la autodeterminación sexual y delitos contra el orden público. En 2017 se amplió la utilización de este sistema de vigilancia a extremistas que estuvieron en prisión por delitos de terrorismo.

Los datos almacenados por el organismo de supervisión de la vigilancia solo pueden ser utilizados sin el consentimiento de la persona si es para fines específicos del art. 463a del Código Procesal Penal.

Los recurrentes fueron liberados después de haber cumplido su larga pena de prisión y fueron vigilados por la policía. Los tribunales especializados ordenaron el control domiciliario electrónico en el marco de la supervisión de la conducta y, por lo tanto, se les colocó la tobillera electrónica.

Los recurrentes se quejaron en particular de una violación al art. 1.1 y al 2.1 de la Ley Fundamental de Alemania (LF), en cuanto a la autodeterminación informativa y a la forma de resocialización. Además, sostuvieron que también se violaban los arts. 12, 11 y 2.2, así como también el 103.2 y el 19.1.2, todos de la Ley Fundamental.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal decidió que el art. 68b.1.1.12 del Código Penal, junto con el 463a.4 del Código Procesal Penal, relativos al monitoreo electrónico mediante tobillera electrónica, eran constitucionales.

Si bien sostuvo que constituía una injerencia en los derechos fundamentales, en particular en el derecho a la autodeterminación informativa y en el derecho a la personalidad, art 2.1 en relación con el art. 1.1 LF, consideró que esta injerencia en los derechos fundamentales era razonable por la relevancia de los derechos amparados y resultaba proporcional a los bienes jurídicos protegidos por la vigilancia electrónica domiciliaria.

1. En primer lugar, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania estimó que la queja no estaba fundada.

La posibilidad de determinar el paradero de una persona sometida a proceso, de acuerdo con el art. 68b.1.1.12 del Código Penal en relación con el 463a.4 del Código Procesal Penal, no viola los derechos constitucionales de los recurrentes.

1.1. No hay injerencia en la garantía a la dignidad humana según el art. 1.1 LF.

El objetivo de la normativa es determinar el paradero en cualquier momento relacionado con un hecho. La forma en que esa persona opera en ese lugar no es objeto de vigilancia, ya que su acción no está sujeta ni a control visual ni acústico. El legislador prohibió la ubicación precisa dentro de la vivienda y limitó la recopilación de datos sobre la presencia de otra persona. La mera determinación del paradero por medio de un GPS no vulnera el ámbito inviolable de la vida privada, que permanece fuera de la observación estatal.

La vigilancia domiciliaria electrónica no es una vigilancia integral incompatible con la dignidad humana y que pueda convertir a la persona en un mero objeto de acción estatal. Se recopilan los datos automáticamente y de forma permanente, pero solamente permiten determinar el paradero. El sistema de vigilancia electrónica no es tan completo que pueda registrar todos los movimientos y expresiones de la vida, y tampoco permite realizar un perfil de la personalidad.

1.2. No se vulnera el derecho a la personalidad, de acuerdo con el art. 2.1 en relación con el art. 1.1 LF, de los recurrentes.

1.2.1. La vigilancia domiciliaria electrónica plantea la cuestión de la vulneración de derechos fundamentales, ya que penetra en la privacidad de las personas sometidas a proceso y menoscaba su autonomía, garantizada por el derecho al libre desarrollo

de la personalidad y la dignidad humana. Solo es constitucional si sirve para proteger bienes jurídicos que corren un riesgo individual y concreto de ser violados.

El art. 68b.1.1.12 del Código Penal contiene requisitos constitucionales, es decir, el tribunal puede ordenar el monitoreo por el tiempo que determine la supervisión electrónica de la persona. La injerencia intensiva en los derechos fundamentales es razonable de acuerdo con los intereses que se protegen e, incluso, es proporcional a los bienes jurídicos que resguarda. La vigilancia domiciliaria electrónica está sujeta a restricciones para los destinatarios. También es restrictiva en cuanto a los graves delitos que involucra. Solo podrá implementarse si existe un riesgo concreto de que la persona pueda cometer nuevos delitos graves del tipo especificado en el art. 66.3.1 del Código Penal.

1.2.2. No hay ninguna violación al derecho a la personalidad en su variante de la resocialización, prevista en el art. 2.1 en conjunción con el art. 1.1 LF.

El uso de la tobillera electrónica no impide el estilo de vida independiente o la reintegración de la persona. La tobillera no es visible en el uso cotidiano, e incluso se puede ocultar fácilmente por debajo de la ropa. Los afectados no están visiblemente marcados y, además, es posible esconderla en el ámbito social más cercano. Depende de la persona si quiere dar a conocer a sus conocidos la situación y el uso de la tobillera. Por lo tanto, no hay ningún efecto estigmatizante. Con respecto a la intimidad de la persona, la medida interviene con más fuerza en su estilo de vida, ya que puede dificultar los contactos íntimos por un sentimiento de vergüenza. Sin embargo, esos contactos son de menor valor frente a los bienes jurídicos protegidos, como la vida, la libertad, la integridad física y la autodeterminación sexual.

1.2.3. No se violan los derechos personales según el art. 2.1 en conjunción con el art. 1.1LF en su concepción de autodeterminación informativa.

En el contexto de la vigilancia domiciliaria electrónica, se recopilan de forma continua datos sobre las personas. Esos datos pertenecen a la protección del derecho a la autodeterminación informativa. La recopilación y procesamiento de los datos está regulada detalladamente por el art. 463a.4 del Código Procesal Penal de tal manera que tiene en cuenta los requisitos constitucionales en la recopilación y el uso de los datos personales.

La vigilancia domiciliaria electrónica solo puede ordenarse si existe una probabilidad justificada de que se cometan delitos graves, de conformidad con el art. 66.3.1 del Código Penal. Los datos recopilados serán especialmente protegidos del acceso no autorizado. La injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa está limitada por el hecho de que esos datos deben ser eliminados en un plazo máximo de dos meses después de su recopilación. También se debe documentar el conocimiento y la eliminación de los datos (art. 463a.4.8 del Código Procesal Penal). En este contexto, la posibilidad de utilizar los datos recopilados permite controlar el cumplimiento adecuado de la supervisión, reaccionar ante alguna violación al proceso y evitar el peligro.

1.3. No se viola el derecho a la integridad física de acuerdo con el art 2.2 LF.

El uso de la tobillera electrónica no genera ningún efecto nocivo ni produce ningún dolor físico.

1.4. No se vulnera la libertad de ocupación en virtud del art. 12 LF.

La vigilancia domiciliaria electrónica no impide el ejercicio de una ocupación o profesión, incluso concurrir a un lugar de formación. Tampoco impide el ejercicio libre de una ocupación, profesión o formación.

1.5. La vigilancia domiciliaria electrónica proporciona, en un Estado de derecho, la protección a la confianza legítima de todos los ciudadanos plasmada en el art. 2.1 en combinación con el art. 20.3 LF.

La normativa es congruente con el orden constitucional y los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como con el orden y la ley.

La regulación abarca casos concatenados en el pasado (denominados “efectos retroactivos falsos”), en los que el legislador hace referencia a hechos ya ocurridos como punto de referencia para futuras consecuencias legales. El legislador prioriza la seguridad de la sociedad en su conjunto sin dejar de considerar a las personas afectadas por la vigilancia, de tal manera que su forma de vida no sea perturbada por las medidas estatales en un contexto de ponderación de bienes jurídicos e intereses públicos, lo cual no es constitucionalmente objetable.

1.6. No se vulneran los derechos fundamentales, establecidos en los arts. 2.2.2 y 11.1 LF, a la libre circulación. Tampoco se viola el art. 13.1 LF, en cuanto a la violación del domicilio, como argumentan los recurrentes, ni el principio de la retroactividad del art. 103.2 LF. Además, el art. 19.1.2 no resulta afectado, ya que se funda en la ley.

2. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania entendió que la vigilancia domiciliaria electrónica no se opone al derecho de la Unión Europea. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, es evidente que la vigilancia domiciliaria electrónica no viola el derecho a la vida privada ni la prohibición de retroactividad, según los arts. 8 y 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

3. Finalmente, estimó que la interpretación y aplicación de la normativa de la vigilancia domiciliaria electrónica por parte de los tribunales especializados es constitucional y no vulnera los derechos fundamentales de los recurrentes.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2BvR916/11 y 2BvR 636/12, sentencia del 1-12-2020, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/12/rs20201201_2bvr091611.html.



Derecho a la dignidad humana. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Derecho a la igualdad. Derecho a la educación. Derecho a la libre locomoción. Derecho a la honra y al buen nombre. Identidad de género. Conductas discriminatorias contra un estudiante en proceso de transición a hombre trans. Interés superior del menor. Carencia actual de objeto por hecho superado (Colombia).

Antecedentes del caso: José Manuel Echeverri Rodríguez es un alumno de la Institución Educativa José Félix de Restrepo Vélez, en el municipio colombiano de Sabaneta, que inició su transición a varón en marzo de 2018. Durante el proceso sufrió tratos discriminatorios de manera reiterada por parte de profesores y directivos de la institución educativa, como la obligación de usar el uniforme asignado a las mujeres, la desatención de su solicitud ante las autoridades para ser identificado por su nombre identitario y no por su nombre de pila femenino, y la dificultad para ser promovido de curso. Como consecuencia del trato recibido, el menor manifestó un cuadro depresivo y tuvo un intento de suicidio en 2019.

Para sortear estas dificultades y avanzar en sus estudios, el alumno pidió que se le permitiera terminar el año escolar desde su casa. La institución, en una reunión ante la Secretaría de Educación del Municipio de Sabaneta, presentó un cronograma de actividades individuales que debían ser llevadas a cabo dentro del colegio y que fue aceptado por el alumno. Una vez que inició el plan de estudios, a pesar de que recibió un trato cordial por parte de sus profesores, la rectoría le prohibió salir de clase durante las horas de descanso, de modo que se lo mantuvo aislado de sus amigos y compañeros, que siempre habían sido respetuosos de su identidad de género.

José Manuel Echeverri Rodríguez presentó una acción de tutela contra la institución educativa. Consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la educación, a la libre locomoción, a la honra y al buen nombre. Solicitó que se ordenara dejar sin efectos el cronograma de actividades acordado y, en su lugar, que se le permitiera completar el año escolar desde su casa, dado que hasta esa fecha la institución educativa no había creado un “ambiente propicio para [su] proceso de aprendizaje” y que, por el contrario, se había convertido “en un escenario de discriminación y de vulneración de derechos”. También solicitó que se le pidieran disculpas tanto a él como a su familia por las conductas discriminatorias de los directivos y el grupo docente, y que se capacitara al personal del colegio en materia de sexualidad diversa, además de la creación de una “ruta de apoyo” en la institución a fin de interrumpir y prevenir la vulneración de sus derechos fundamentales.

El Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Medellín denegó el amparo por improcedente. A su juicio, no se demostró transgresión alguna de los derechos fundamentales del accionante por ausencia de material probatorio suficiente que permitiera endilgar responsabilidad a la institución educativa. Por el contrario, encontró que la accionada presentó evidencia que demostraba que los requerimientos del joven habían sido atendidos en

su totalidad, mediante rutas dispuestas en el manual de convivencia. Respecto de la insatisfacción del estudiante con el plan de trabajo acordado y su deseo de culminar el año escolar desde su domicilio, estimó que no era posible acceder a ello, ya que se trataba de un acuerdo válido y garantista, ajustado “no solo a las necesidades sino a los deseos del actor”.

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

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia. En su lugar, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado. Previno a la institución educativa José Félix de Restrepo Vélez de Sabaneta para que en lo sucesivo se abstuviera de incurrir en conductas discriminatorias contra un estudiante por razones derivadas de su identidad de género, ya que en tal supuesto se apartaría del deber institucional de propiciar un ambiente sano para el desarrollo armónico e integral de los niños, niñas y adolescentes.

También previno al Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Medellín, para que, en la revisión y análisis de futuros casos relacionados con la materia, acoja el precedente constitucional.

Ordenó comunicar la sentencia a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Administración Municipal de Sabaneta, a fin de que sea tomada en consideración a la hora de decidir sobre la queja disciplinaria presentada por el accionante contra el personal docente de la institución educativa José Félix de Restrepo Vélez de Sabaneta.

1. La Corte Constitucional de Colombia analizó si una institución educativa vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, a la educación, a la igualdad y no discriminación cuando sus actos impiden a un estudiante trans expresar su identidad de género.

Para llegar a una conclusión, la Corte analizó la protección de la identidad de género a la luz de la Constitución, el derecho a la igualdad y la orientación sexual e identidad de género como criterios sospechosos de discriminación, el derecho fundamental a la educación de los niños, niñas y adolescentes y su relación con el libre desarrollo de la personalidad de personas con sexualidad e identidad de género diversa.

2. El hecho superado tiene lugar cuando, entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el fallo de primera instancia, la accionada atiende la advertencia o repara la vulneración del derecho y se satisfacen por completo las pretensiones de la solicitud de amparo. Esta circunstancia autoriza al juez constitucional a prescindir de la emisión de una orden particular. En esas condiciones, el derecho ya no estaría en riesgo y, por tanto, las órdenes a emitir por la autoridad judicial resultan inocuas, y no resulta imperioso para los jueces de instancia realizar un análisis sobre la posible vulneración de los derechos invocados, excepto cuando se observe que se debe llamar la atención sobre la situación que originó la tutela, condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, en virtud de lo dispuesto en el art. 24 del Decreto 2591/1991. Pero, si se llegara a presentar un hecho superado durante el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, entonces, además de declarar la improcedencia de la acción de tutela, la Corte podrá examinar el caso y determinar el alcance de los derechos fundamentales.

El accionante aseveró que, desde que empezó su proceso de reafirmación de género como varón trans, diferentes miembros de la institución educativa actuaron de formas discriminatorias que lo llevaron a ausentarse de clase y a sufrir episodios de depresión. Durante el inicio del proceso de reafirmación de género, recibió llamados de atención por parte de la profesora de educación física por no usar el uniforme femenino. Cuando asumió su identidad de manera definitiva, los directivos del colegio se negaron a llamarlo por su nombre identitario hasta tanto no modificara su documento de identidad. Aun con la modificación del documento de identidad, uno de los docentes continuó refiriéndose a él con su nombre anterior y como si fuera mujer, y, a pesar de que el colegio accedió a su deseo de establecer un cronograma académico individualizado, se le impidió pasar tiempo con sus compañeros de clase y realizar actividades extracurriculares con el resto de la comunidad educativa.

La Sala consideró que existía una carencia actual de objeto por hecho superado, dado que la institución educativa había accedido a las pretensiones del accionante. La institución educativa levantó la restricción inicial que impedía al joven salir de clase a la hora de los descansos, por lo que pudo participar de los últimos tres encuentros académicos del cronograma de estudios, culminó su proceso académico y asistió sin conflictos al evento de entrega de símbolos y a la ceremonia de graduación. Por ello, la Sala entendió que el alumno obtuvo el grado en condiciones de igualdad con sus otros compañeros.

Además, recibió las disculpas de un docente durante la primera clase individual de química en presencia de otros tres docentes. Finalmente, el colegio modificó el manual de convivencia para mejorar las rutas de atención y admitió la importancia de reconocer la diversidad sexual y de género.

A juicio de la Sala, las nuevas disposiciones escolares garantizaron los derechos del alumno al libre desarrollo de la personalidad, a la educación, a la igualdad y no discriminación. Ello no obsta que la Corte Constitucional de Colombia, en uso de sus competencias, pueda analizar la presunta afectación de los derechos fundamentales del accionante durante su proceso de reafirmación de género.

3. La Sala reconoció que el colegio había tomado decisiones tendientes a proteger los derechos fundamentales del estudiante. Sin embargo, estimó que también había llevado a cabo acciones que efectivamente derivaron en su momento en la vulneración de sus derechos fundamentales, por favorecer un escenario de discriminación.

La Sala sostuvo que, en el ámbito educativo, donde se mantienen relaciones de poder y de jerarquía, el personal docente goza de una posición dominante respecto del alumno que recibe una formación. En este caso, en la medida que el accionante debía acudir diariamente al colegio, y que era allí en donde se sentía discriminado, no se trató de una afectación esporádica de sus derechos, sino frecuente, hasta tanto la institución no tomó medidas al respecto. Además, el hecho de que estuvieran presente otros estudiantes en situaciones de evidente falta de reconocimiento de la identidad de género del accionante intensificó la sensación de ofensa y generó que el evento se repitiera. Por tratarse de un espacio público, corresponde a una institución educativa contar con una reglamentación clara en su manual de convivencia para

proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes con orientación y/o identidad de género diversa. Debe formar parte activa en su implementación, de modo que las medidas tengan alcance a todos los alumnos que puedan verse en circunstancias que afecten su estabilidad emocional. Los actos discriminatorios sufridos por el accionante durante su asistencia a clase podían ser breves, cuando se trataba de interpelaciones que negaban su identidad actual, o bien más extensas, como cuando, durante toda de una clase, el accionante se sentía despreciado por un docente que no respetaba su identidad de género y los directivos no tomaban medidas al respecto. Las alternativas de las que disponía entonces el accionante fueron escasas; aun cuando reiteradamente solicitó ser tratado de manera acorde a su identidad de género, la institución educativa en principio estableció obstáculos administrativos para acceder a su requerimiento y después ignoró una queja presentada contra uno de los docentes. Por parte del accionante, abandonar la institución educativa implicaría interrumpir su formación escolar, que ya se había visto perjudicada durante el proceso de reafirmación de género. Solo después de que el estudiante presentara una queja ante el municipio, solicitara el acompañamiento del consultorio jurídico de la Universidad EAFIT y formulara la acción de tutela, la institución educativa encontró procedente que un profesor se disculpara con él. En un primer momento, la institución educativa se negó a disponer un llamado de atención al docente, por entender que no era responsable de los hechos relatados por el accionante. Además, la accionada indicó que el profesor no había actuado de manera reprochable, e insistió en que, de haber existido una falta de reconocimiento de la identidad del alumno, no había sido intencional. Sobre este punto, la Sala entendió que haber ignorado y anulado el tránsito de género del actor constituyen actos discriminatorios y son reprochables, a pesar de que la accionada insista en que no fueron hechos conscientes ni voluntarios, ya que vulneraron los derechos fundamentales del accionante al libre desarrollo de la personalidad.

La Sala observó que las medidas adoptadas por la institución educativa fueron insuficientes para responder a las necesidades de Echeverri Rodríguez durante su proceso de reafirmación de género. Los directivos del colegio, pese a saber que el alumno llevaba dos años en tratamiento médico por un trastorno de depresión, no pusieron en marcha ninguna ruta de atención para prestarle apoyo. Tampoco iniciaron acción alguna cuando regresó al colegio después de haberse ausentado durante la segunda mitad del 2018. A pesar de que el colegio aseguró haber ofrecido al estudiante el respaldo de la psicóloga escolar, no aportó documentación alguna que lo corroborara.

Debido a la condición particular que ostentan como sujetos en desarrollo, los niños, niñas y adolescentes requieren una protección preeminente en el ámbito del ejercicio pleno de sus derechos. Esta prioridad del ordenamiento jurídico se refleja en el principio del interés superior del menor que tiene como fuente legal los arts. 8 y 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia. La satisfacción de ese principio está ligada a unos estándares que la Corte Constitucional de Colombia ha clasificado como fácticos y jurídicos. Los primeros determinan la obligación de realizar un análisis de las circunstancias que involucren a un niño, niña y adolescente. Los segundos corresponden a aquellos que deben tenerse en cuenta

en cada caso particular y que propenden por el bienestar de los menores. Respecto de los últimos, se destacan dos criterios orientadores. Por una parte, el de la garantía del desarrollo integral, destinado a asegurar el crecimiento armónico, integral, y sano de los niños y niñas, desde las perspectivas física, psicológica, afectiva, intelectual y ética, así como la plena evolución de su personalidad, cuya responsabilidad recae en la familia, la sociedad y el Estado. Estas instituciones deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los menores al bienestar integral, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada uno. El segundo de los criterios, relativo a la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, exige garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de aquellos niños, niñas y adolescentes con sexualidad e identidad de género diversa. En ese sentido, la Sala estimó que la labor de las instituciones educativas no se reduce a garantizar la adquisición de conocimiento, sino que debe estar encaminada a proveer el apoyo emocional y las herramientas necesarias a todos los educandos de manera que puedan desenvolverse adecuadamente y actuar en la vida social. La Corte ha mencionado que, en el cumplimiento de ese deber, “es fundamental y determinante la participación activa de todos los miembros de la comunidad educativa, pero muy especialmente de los educadores, pues sólo en la medida en que los valores y principios que aspiran a transmitir a sus alumnos constituyan realmente la base de sus propios e individuales proyectos de vida, su labor será efectiva; sólo quien practica la tolerancia, quien respeta la diversidad y reconoce en el ‘otro’ a uno igual a sí mismo, tendrá capacidad y legitimidad para contribuir desde el proceso educativo a formar a los niños y a los jóvenes en un paradigma ético sustentado”.

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social. Como responsable y garante del derecho a la educación, la accionada estaba a cargo de asegurar, dentro de sus posibilidades, el desarrollo integral y la realización de los derechos del accionante. En esa medida, el acompañamiento educativo y pedagógico no solamente debió haber estado centrado en establecer estrategias para resolver la violencia sufrida en clase, también debió haber estado encaminado a ofrecer un apoyo emocional sostenido durante el proceso de reafirmación de género.

Dado que el programa de actividades propuesto por los directivos contemplaba un régimen de clases individuales para el alumno, la psicóloga y la rectora del colegio le habían prohibido salir del aula en la hora de descanso. La accionada sostuvo que la prohibición era congruente con lo acordado en el programa de estudios, ya que contemplaba el deseo del estudiante de no volver al colegio. El juez de primera instancia aprobó todo lo propuesto en el plan de trabajo por considerar que gozaba de plena validez y que su aplicación había sido adecuada en relación con lo solicitado por el accionante.

Al respecto, la Sala hizo dos precisiones: la primera, sobre el enfoque pedagógico adoptado por la planta docente para la creación del programa, y la segunda, sobre la manera en la que le dio aplicación.

Sobre el enfoque pedagógico, expuso que la ONG Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) adujeron que un método pedagógico adecuado debe responder necesariamente a las condiciones personales, sociales, culturales, étnicas, de género y otras variables de los contextos en los que están las niñas, niños y adolescentes. Es decir, la educación debe contextualizarse a las necesidades y particularidades de cada estudiante. Estimaron que, en este caso, lo que necesitaba el accionante como alumno trans era gozar de un ambiente escolar inclusivo y respetuoso de la diversidad humana. Por lo tanto, antes de aceptar las demandas del estudiante, la accionada debería haber concertado un plan junto con él y su familia con el objetivo de que pudiera concluir el año lectivo en las mismas condiciones que el resto de sus compañeros. Dado que la educación es el medio fundamental para lograr la formación integral y el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, el accionante tenía derecho a permanecer en el colegio. Por consiguiente, la accionada debió propiciar la integración del alumno a la comunidad educativa en vez de apartarlo en clases individuales, restringiendo el contacto con sus compañeros. Las actividades o talleres impartidos en un colegio deben privilegiar un enfoque inclusivo, flexible y sujeto a un seguimiento que verifique su efectividad, a fin de poder generar espacios que promuevan la formación académica y la convivencia pacífica de todos los estudiantes, especialmente para aquellos que se encuentren en dificultades, de forma tal que, mediante diferentes estrategias, logren superar cualquier obstáculo que se presente durante su desarrollo emocional. En cambio, el enfoque individualizado, inflexible y estricto del cronograma inicial demostró tener resultados negativos para el alumno por poner en riesgo la continuidad de su proceso educativo y su formación integral, pues limitó la posibilidad de que se integrara al grupo. Por otra parte, negó la posibilidad de que la comunidad educativa se enriqueciera mediante el intercambio de experiencias personales con personas de distinta orientación y/o identidad de género en un contexto de respeto por la pluralidad y la diferencia, incluso cuando el accionante y sus compañeros demostraron estar dispuestos a colaborar en pos de ese objetivo. En esa medida, si bien la accionada tuvo el ánimo de crear un cronograma individualizado en pos del bienestar del estudiante, debió haber optado por una orientación pedagógica que, en vez de separar al alumno de la comunidad estudiantil, abriera espacios de diálogo y confianza que le permitieran volver a sentirse parte de la comunidad y de la institución educativa. En suma, la Corte Constitucional sostuvo que las instituciones educativas deben adoptar medidas que promuevan la inclusión y no el aislamiento; que optimicen la participación del menor, de la familia, de los compañeros y de los docentes; que sean el resultado de un proceso de consenso que dé relevancia a los intereses y garantías de todos, y que contemplen procedimientos de ajuste flexibles, en función de facilitar el diálogo y no de imponer lo decidido.

Sobre la puesta en práctica del programa acordado con el estudiante, la Sala estimó que las directivas del colegio fueron arbitrarias. La intención del actor de abandonar el colegio se debía al trato recibido por parte de los docentes, no de los compañeros de clase, y, por lo tanto, la limitación dispuesta por el colegio resulta inaceptable. Impedir que el estudiante saliera del aula durante la hora del descanso o que participara en actividades extracurriculares resulta una medida arbitraria

en tanto existían otros mecanismos para evitar la deserción escolar y permitir que concluyera sus estudios de manera satisfactoria. La decisión conjunta de la rectora y la psicóloga restringió la autonomía del estudiante, reforzó su exclusión de la comunidad educativa como varón trans y obstaculizó el libre desarrollo de su personalidad. Los representantes de la ONG Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) destacaron la necesidad de reforzar el trabajo institucional con el personal docente a fin de promover estrategias que permitan a los profesores transformar sus creencias personales en relación con el género y la diversidad sexual. Es evidente que la decisión de las educadoras de prohibir al accionante cualquier interacción con sus compañeros durante el horario de descanso fue incongruente con la obligación de crear un ambiente propicio de respeto e inclusión para él y los demás miembros de la comunidad educativa.

4. La Sala concluyó que la comunidad estudiantil debió haber actuado de forma concertada e incluyente mediante una solución que evitara tanto la deserción del estudiante como su aislamiento en clases individuales. La institución debería haber prestado el apoyo requerido durante el proceso de reafirmación de género, y sin imponer barreras administrativas, por ejemplo mediante la promoción de formas de tratamiento respetuosas de la diversidad, la resolución imparcial de cualquier conflicto que pudiera surgir en la interacción con los docentes, sin desacreditar las preocupaciones del alumno, y por medio de prácticas y talleres dentro y fuera del aula que le permitan al alumno volverse a sentir parte de la comunidad educativa como un igual.

En ese orden, la Sala previno a la institución educativa para que, en lo sucesivo, se abstenga de sostener conductas discriminatorias en contra de un estudiante por razones derivadas de su identidad de género, supuesto en el que faltaría a su deber de propiciar un ambiente sano para el desarrollo armónico e integral de los niños, niñas y adolescentes.

La Sala enfatizó que la diferencia nunca será un obstáculo, sino que siempre será una oportunidad para propiciar ambientes democráticos y pluralistas. Por ello, sostuvo que debe reconocerse la importancia no solo de vivir con otros, sino de aprender de los otros, lo que constituye el mayor reto de la Carta Política, que está fundada en la promesa de asegurar a los ciudadanos un espacio de convivencia digna.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Octava de Revisión, acción de tutela instaurada por José Manuel Echeverri Rodríguez contra la Institución Educativa José Félix de Restrepo Vélez de Sabaneta, sentencia T-443/20, del 14-10-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-443-20.htm>



Derecho a la educación. Componentes estructurales. Prestación del servicio público de educación. Protección a favor de menores que exponen su vida para concurrir al colegio. Órdenes complejas. Diálogo significativo. (Colombia).

Antecedentes del caso: el puente denominado “El Derrumbe” —construido en 2009 por la Dirección de Gestión de Riesgo de la Gobernación de Santander— se derrumbó en diciembre de 2016 debido a unas lluvias muy intensas. El puente comunicaba las veredas Zúñiga y Pueblo Viejo, daba acceso al casco urbano del municipio de Coromoro y era el único paso transitable entre esas localidades. Entre muchas otras personas, alumnos de la Institución Educativa Jesús León Guerrero lo usaban a diario. A causa del derrumbe, deben transitar por una zona cercana, donde el desprendimiento y la caída de rocas son frecuentes. Desde 2017, José Robertico Benavides Benavides, en calidad de presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda Zúñiga del municipio de Coromoro, solicitó a las autoridades administrativas que reconstruyeran el puente, aunque sin éxito. Por ello, interpuso una acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Coromoro y la Gobernación de Santander, en procura de que se ampararan los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la integridad personal, a la educación y a la libertad de locomoción.

En primera instancia, el Juzgado Promiscuo Municipal de Coromoro amparó los derechos fundamentales del accionante y de la comunidad y ordenó a la Alcaldía Municipal de Coromoro y a la Gobernación de Santander “garantizar dentro del término de seis meses, y durante lo que queda del año lectivo, la movilidad de los menores de la vereda Zúñiga del municipio de Coromoro Santander, desde y hacia la Institución Educativa Jesús León Guerrero Sede A, en la vereda Pueblo Viejo”. Sostuvo que la jurisprudencia constitucional había desarrollado dos líneas en relación con el reconocimiento de prestaciones económicas: la primera, que negaba esa posibilidad porque, de lo contrario, el juez constitucional se convertiría en cogobernante; y la segunda, que consideraba a esa alternativa procedente de manera excepcional porque el rol del juez constitucional no debía ser pasivo. En efecto, el juez de primera instancia argumentó que, ante un legislador y una administración inoperantes en materia de derechos sociales fundamentales, el juez debía actuar como garante de los derechos constitucionales. Más aún, si se trata de derechos sociales que satisfacen necesidades básicas radicales o sus titulares son personas en situación de vulnerabilidad, el margen de configuración y acción de los órganos competentes en esta materia se ve reducido y, por consiguiente, los deberes y facultades del juez constitucional son correlativamente ampliados. Por ello, estimó que la situación ameritaba una intervención para garantizar los derechos de los niños y niñas que acudían a la escuela, con el fin de solventar su movilidad. Ordenó dar una solución a esta problemática, de manera gradual y en un término prudencial no superior a seis meses, con la intervención de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Guadual de Coromoro y de la personería de ese municipio. En relación con la reconstrucción del puente, estimó que el pedido no podía prosperar.

Este fallo fue impugnado por el accionante y por la Alcaldía Municipal de Coromoro.

En segunda instancia, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá revocó la sentencia de primera instancia y denegó el amparo. Asimismo, instó a la Alcaldía Municipal para que, de manera definitiva, impidiera el paso peatonal por esa zona y realizara tareas de “concientización” a la comunidad sobre la necesidad de utilizar las vías alternativas, porque, a pesar de ser más “dispendiosas en tiempo y trayecto, están en buen estado y deberán utilizarse para evitar futuros incidentes”.

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

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia de segunda instancia que, a su vez, había revocado la de primera instancia. Declaró la improcedencia de la acción respecto del accionante y demás residentes de la vereda Zúñiga y tuteló el derecho fundamental a la educación de los niños, niñas y adolescentes que allí habitan. Ordenó a la Alcaldía Municipal de Coromoro que instalara una mesa de diálogo.

Asimismo, ordenó al Juzgado Promiscuo Municipal de Coromoro que valorara la claridad, razonabilidad y conformidad del plan de contingencia, del cronograma de trabajo y de la solución definitiva con la parte motiva de la sentencia.

Ordenó también a la Alcaldía Municipal de Coromoro y a la Gobernación de Santander que ejecutaran cabalmente y de la manera más pronta posible la solución definitiva aceptada por la mesa de diálogo y avalada por el Juzgado Municipal de Coromoro.

Finalmente, instó a la Personería Municipal de Coromoro a que, en el ámbito de sus funciones constitucionales y legales, acompañara el diálogo aludido y verificara que todas las partes que conformaban la mesa de diálogo estuvieran siendo escuchadas. Además, le solicitó que la solución fuera sometida a consideración del Juzgado Municipal de Coromoro y se ajustara a las consideraciones de la sentencia de la Corte Constitucional y al derecho fundamental a la educación de los niños, niñas y adolescentes de la vereda Zúñiga. El acompañamiento de la personería se dará también durante la ejecución del plan definitivo acordado por la mesa de diálogo. De igual manera, la Procuraduría General de la Nación, como entidad encargada de velar por el cumplimiento de las decisiones judiciales y de proteger los derechos humanos, deberá hacer el seguimiento y verificación del cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.

1. Respecto de la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional advirtió que estaba satisfecho el requisito de legitimación activa respecto del accionante, por sí y en representación de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, estimó que este requisito no se cumplía respecto de los demás integrantes de la comunidad de la vereda Zúñiga, dado que no había una autorización expresa para que el actor representara sus intereses ante las autoridades judiciales, ni tampoco podía actuar como agente oficioso, porque los residentes mayores no estaban imposibilitados de asumir su propia defensa. En consecuencia, en ese aspecto, la tutela era improcedente por falta de legitimación activa.

Por otro lado, la Corte Constitucional estimó que la legitimación pasiva estaba satisfecha respecto de la Alcaldía Municipal de Coromoro y de la Gobernación del departamento de Santander. Señaló que el requisito de inmediatez también se cumplía. Finalmente, respecto de la subsidiariedad, consideró que, ante una eventual vulneración del derecho fundamental a la educación de los niños, niñas y adolescentes de la comunidad de la vereda Zúñiga, la acción de tutela era el único medio de defensa judicial eficaz e idóneo para el amparo de sus derechos.

Concluyó que la tutela solo era procedente respecto de los niños, niñas y adolescentes que residían en la vereda Zúñiga y, específicamente, respecto a la defensa de su derecho a la educación.

2. La Corte Constitucional debió determinar si la Alcaldía Municipal de Coromoro y la Gobernación de Santander habían vulnerado el derecho fundamental a la educación, en su componente de accesibilidad de los niños, niñas y adolescentes de la vereda Zúñiga, como consecuencia de la negativa a reconstruir el puente en el sector de El Derrumbe. De igual manera, debió determinar si esas autoridades habían omitido la observancia de un deber legal que estaba a su cargo y si, por ende, ese eventual incumplimiento implicaba una infracción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la educación, en cuanto a la accesibilidad.

3. El art. 67 de la Constitución Política consagra a la educación como un derecho fundamental de toda persona y, a la vez, como un servicio público con una función social a cargo del Estado, la sociedad y la familia. La educación como derecho fundamental es mayor si el destinatario de su goce y garantía es un menor de edad. El derecho fundamental a la educación tiene cuatro componentes estructurales y que se relacionan entre sí: la asequibilidad, la adaptabilidad, la accesibilidad y la aceptabilidad.

La accesibilidad —que resulta relevante para la solución de este caso— es el componente que implica que las instituciones y programas educativos deben ser accesibles para todas las personas, sin discriminación, y que se debe asegurar el ingreso y permanencia en el sistema educativo en una ubicación geográfica de acceso razonable, o por medio del uso de tecnología en programas susceptibles de ser dictados a distancia, y que esté al alcance de todos, sin importar la condición o capacidad económica. El componente de accesibilidad impone a las autoridades públicas la obligación de garantizar el goce real del derecho a la educación en igualdad de condiciones, por lo que se deben remover y superar las barreras geográficas, materiales o económicas que dificulten esa finalidad. Corresponde al juez de tutela ponderar la situación en concreto, con fundamento en las pruebas practicadas, para determinar si existe una vulneración del derecho a la educación y adoptar las órdenes que correspondan.

Respecto de la prestación del servicio público de educación, la Constitución Política y la Ley General de Educación distribuyeron entre el Estado, la sociedad y la familia las cargas y responsabilidades para garantizar el acceso y disfrute real del derecho. Las entidades públicas de orden nacional y territorial tienen la obligación de garantizar la cobertura adecuada de los servicios de educación y de asegurar a los niños y niñas condiciones de acceso y permanencia en el sistema educativo. Los

distritos (o los departamentos cuando se trate de municipios no certificados) tienen la obligación de dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básico y medio en condiciones de eficiencia y calidad y deben propender por su mantenimiento y aplicación. En cuanto a la accesibilidad, se refleja en la responsabilidad del Estado de eliminar todas las barreras que puedan desincentivar a los menores de edad.

4. La Corte Constitucional analizó el cumplimiento del requisito de subsidiariedad para determinar la procedencia de la acción de tutela. Concluyó que el estudio de la pretensión consistente en la reconstrucción del puente era procedente, solo en la medida en que estaba encaminada a lograr la protección del derecho fundamental a la educación de los niños, niñas y adolescentes de la vereda Zúñiga. En estos términos, examinó si le correspondía al juez de tutela ordenar a una autoridad la reconstrucción de una obra de infraestructura.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 de la Constitución Política y los arts. 23 y 27 del Decreto 2591/1991, corresponde al juez de tutela, dada la naturaleza preferente y sumaria de la acción de amparo, ordenar a las autoridades públicas restablecer el derecho fundamental que haya sido vulnerado, ya sea por su acción o por su omisión. Sin embargo, en ocasiones, la protección del derecho puede implicar, para el destinatario de la orden, la necesidad de desplegar varias o múltiples conductas. En estos eventos, la jurisprudencia ha distinguido entre órdenes simples y órdenes complejas. Estas últimas han sido definidas por la Corte Constitucional como las que “conllevan un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno”. También la Corte Constitucional ha señalado que las órdenes complejas son las “que consagran un entramado de acciones e instituciones coordinadas que deben hacerse para intervenir en el asunto concreto y en el marco de las denuncias hechas en el escrito de tutela, con el fin de asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales”. Debido a que las órdenes complejas buscan dinamizar la actuación de las autoridades competentes, generalmente no definen de manera precisa lo que ellas deben hacer, ni suplantán las competencias constitucionales de las instituciones encargadas de diseñar, implementar y evaluar las acciones requeridas para resolver la situación. La posibilidad eventual de que el juez de tutela ordene ejecutar los actos relativos a la construcción de una obra de infraestructura se inscribe en el marco de las órdenes complejas, dado que el resultado requiere de la acción conjunta de múltiples autoridades en un período de más de 48 horas.

Sin embargo, antes de concluir si un juez puede adoptar una orden en tal sentido, la Corte Constitucional examinó su evolución jurisprudencial sobre el tema. En un primer momento, la Corte denegó la posibilidad de que el juez de tutela ordenara la construcción de una obra pública. Más adelante, esta postura fue atenuada. Concluyó que, si bien al juez de tutela no le correspondía una función de cogobierno o cogestión, tampoco podía ignorar los casos en los que la inacción del Estado derivara en la afectación o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la ciudadanía. En ese sentido, definió la metodología del diálogo significativo, a fin de

que el juez pudiera recurrir a la comunicación entre quienes conocieran de primera mano las particularidades del caso. En este caso, si se acreditaba la vulneración de un derecho fundamental, la labor del juez se limitaba a valorar que las propuestas de garantía surgidas del diálogo se ajustaran a un estándar de razonabilidad. De lo contrario, se deberían adoptar acciones que permitieran superar la situación de vulneración del derecho, según las posibilidades reales de garantía, propuestas por las distintas partes en el proceso de amparo. Estas dos últimas posturas coexisten en la jurisprudencia y la preferencia por la adopción de algunas de ellas, en un caso concreto, dependerá de varios factores: el nivel de certeza sobre el carácter inaplazable de una obra; el consenso eventual que exista respecto de su necesidad; las restricciones ambientales y dificultades técnicas que se presenten; la capacidad financiera y de gasto público que tenga una entidad; la existencia de medidas alternativas que garanticen la progresividad en el goce del derecho fundamental, sin afectar el disfrute inmediato de sus elementos esenciales, y el nivel de compromiso que haya demostrado una autoridad para asegurar la realización de los intereses comprometidos.

En este caso, la Corte Constitucional optó por la metodología del diálogo significativo por varias razones. Advirtió que había un consenso respecto de la importancia del puente y que, por razones de distancia, tiempo y condiciones de tránsito, su montaje podría considerarse necesario. Observó que, sin embargo, existían barreras ambientales y técnicas que impedían ordenar su construcción, pues se ubicaría en un terreno inestable, con filtraciones de agua y con evidencias de desprendimiento. Además, en términos de garantía del componente de accesibilidad del derecho fundamental a la educación, existían alternativas, por lo que el juez de tutela no podía imponer una única salida, ya que los expertos, las autoridades y los residentes en la zona estaban en condiciones de encontrar las soluciones más adecuadas. Por último, el diálogo significativo igualmente permite a los interesados definir de mejor manera las estrategias, programas y medidas para alcanzar un resultado satisfactorio. El juez constitucional deberá, entonces, propiciar el diálogo y verificar que las soluciones propuestas sean satisfactorias, conforme a la preservación de la supremacía constitucional y al respeto por los derechos fundamentales.

5. La Institución Educativa Jesús León Guerrero tiene sedes en las veredas Zúñiga, Zuñiguita, El Playón, Guadual y Pueblo Viejo del municipio de Coromoro, pero la única que ofrece el programa de educación media es la de Pueblo Viejo. Así, los menores que cursan este programa y que viven en la vereda Zúñiga solo pueden asistir a sus clases si se trasladan allí. Para hacerlo, cuentan con tres alternativas posibles, todas a pie, que les demandan entre dos y cinco horas. La Corte Constitucional entendió que ninguna de esas alternativas era idónea para garantizar el derecho fundamental a la educación, en cuanto a la accesibilidad. La circulación por uno de los tres caminos es peligrosa y pone en riesgo a los transeúntes; los otros dos, aunque no revisten ese peligro, suponen una carga desproporcionada para los menores ya que el tiempo promedio del recorrido sobrepasa el límite de lo razonable. En efecto, caminar aproximadamente cuatro horas diarias para ir y volver al colegio, y desarrollar una jornada escolar de entre cinco y seis horas, no resulta aceptable ni adecuado para los menores y constituye una auténtica barrera física y geográfica que se opone al componente de accesibilidad del derecho fundamental a la educación. En

este sentido, se ha reconocido que las grandes distancias por recorrer son una causa de ausentismo y deserción escolar.

La Corte Constitucional destacó el esfuerzo hecho por la Alcaldía Municipal de Coromoro y por la Secretaría de Educación del Departamento de Santander para ofrecer soluciones a la situación, y mencionó las acciones realizadas. Sin embargo, sostuvo que esos esfuerzos eran insuficientes porque se trataba, justamente, de paliativos que no resolvían de manera eficaz el problema de incomunicación. Incluso, la modalidad del internado afecta el curso normal de la vida en familia y suscita controversia en términos de la garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Constitucional estimó que el problema de incomunicación que sufrían las veredas no se resolvía mediante la emisión de órdenes complejas destinadas a la reconstrucción del puente, dado que el geólogo había informado que era inviable debido al fenómeno de remoción de masas de la zona. Por este motivo, se recomendó suspender el tránsito de personas y vehículos por el sector y realizar un nuevo trazado vial para comunicar a la vereda Zúñiga, pero la Alcaldía del municipio de Coromoro no lo había hecho.

Así las cosas, el componente de accesibilidad del derecho a la educación resulta vulnerado por la omisión de las autoridades en adoptar las medidas necesarias, que no se limitan a dar solución respecto de la inexistencia de un camino razonable y a las dificultades que existen en las instalaciones del colegio en la sede de Pueblo Viejo, sino que también se extienden a la falta de valoración de otro tipo de soluciones alternativas. En este sentido, la Corte Constitucional destacó la pasividad y la falta de iniciativa de las autoridades.

6. Por ello, la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho fundamental a la educación, con miras a garantizar el componente de accesibilidad.

Como medida de amparo, dispuso la conformación de una mesa de diálogo para desarrollar la interacción entre autoridades municipales, departamentales y de la institución educativa, el accionante y representantes de los habitantes de la vereda de Zúñiga, con el fin de resolver la afectación del derecho fundamental a la educación de los menores de edad. Los participantes de la mesa de diálogo deberán elaborar un plan de contingencia y un cronograma de trabajo para brindar una solución definitiva. Además, vinculó al Ministerio de Educación y al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por su calidad de órganos orientadores de la política pública de educación, en particular de la educación rural, y por la importancia que hoy en día tienen los esquemas de educación virtual.

Asimismo, ordenó que el Juzgado Municipal de Coromoro verificara que la solución propuesta fuera clara, razonable y que se ajustara a las consideraciones expuestas en la sentencia. Una vez que el juez apruebe la propuesta, las entidades accionadas le remitirán informes bimensuales sobre los avances en la ejecución de los compromisos a los que se haya llegado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Cuarta de Revisión, expediente T-7.486.075, acción de tutela instaurada por José Robertico Benavides Benavides, en calidad

de presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda Zúñiga, contra la Alcaldía Municipal de Coromoro y la Gobernación de Santander, sentencia T-500/20, del 2-12-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-500-20.htm>.



Derecho a la educación. Libertad de enseñanza. Pluralismo de ideas. Principio de proporcionalidad. Protección integral del menor. Derecho a la igualdad. Discriminación por motivos de orientación sexual o de género. Derecho a la dignidad humana. (Brasil).

Antecedentes del caso: diversas organizaciones vinculadas con la educación presentaron tres acciones directas de inconstitucionalidad (ADI 5537, 5580 y 6038) contra la Ley Estatal 7800/2016 del estado de Alagoas, que instituía el programa Escola Livre y prohibía tanto el adoctrinamiento político e ideológico en el sistema educativo estatal como que los docentes incitaran a los estudiantes a participar en manifestaciones o actos públicos.

Los accionantes alegaron que la ley cuestionada violaba, en el plano formal, la competencia privativa de la Unión para disponer las bases y las líneas directrices de la educación y, en el plano material, la dignidad de la persona, los valores sociales del trabajo y el pluralismo político. También indicaron que la norma impugnada afectaba el derecho a la libertad de expresión, el derecho al pleno desenvolvimiento de la persona humana y a su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, la libertad de enseñar y aprender, la valorización de los profesionales de la educación y la gestión democrática de la enseñanza pública.

Asimismo, asociaciones de trabajadores de la educación presentaron tres denuncias por el incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 461, 465 y 600) contra tres normas municipales —la 3468/2015, de Paranaguá, la 2243/2016, de Palmas, y la Ley Orgánica de Londrina— que prohibían la enseñanza sobre temas de género y sexualidad en colegios públicos.

Los accionantes manifestaron que las normas municipales cuestionadas violaban varios principios constitucionales, como el derecho a la igualdad, la prohibición de censura en actividades culturales, la laicidad del Estado, la competencia privativa de la Unión para disponer las bases y las líneas directrices de la educación, el pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas y el derecho a la libertad de enseñar, aprender, investigar y divulgar el pensamiento, arte o saber. Los demandantes advirtieron que normas de este tipo solo contribuían a perpetuar una cultura de violencia, tanto psicológica como física, contra la población LGBT.

El Tribunal Supremo Federal decidió tratar todas estas acciones de forma conjunta en una sesión virtual.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal declaró inconstitucional, por mayoría, la ley de Alagoas que instituía el programa Escola Livre en el estado. También declaró inconstitucionales, pero por unanimidad, las tres normas municipales que prohibían la enseñanza sobre temas de género y sexualidad en la escuela pública.

1. La mayoría del pleno, por nueve votos contra uno, acompañó la posición del relator del caso, el ministro Barroso, que sostuvo que la Ley Estatal 7800/2016 de Alagoas violaba la competencia privativa de la Unión para legislar sobre derecho civil y sobre los lineamientos y las bases de la educación nacional. Barroso ya había suspendido la vigencia de la ley cuestionada cuando, ante la presentación de la ADI 5537, ordenó una medida cautelar en marzo de 2017.

En relación con la ley de Alagoas, el ministro Barroso señaló que la libertad de enseñanza y el pluralismo de ideas eran principios fundamentales del sistema educativo brasileño impuestos por la Constitución. Por ende, es competencia exclusiva de la Unión garantizar el respeto de esos valores. En otras palabras, no hay duda de que la reglamentación del tipo de educación que permita generar el desarrollo personal forma parte, según el texto constitucional, de los lineamientos educativos que solo puede establecer la Unión.

Del mismo modo, Barroso observó que la Constitución garantizaba una educación capaz de promover el desarrollo integral de la persona, su formación ciudadana, su calificación para el trabajo, así como el desarrollo humanístico del país. Según el ministro, la educación que asegura el texto constitucional es emancipadora y se propone educar al individuo en un sentido pleno y total, como ser humano, como ciudadano y como profesional. Cualquier norma que limite el acceso de los alumnos a la información o que impida a las escuelas enseñar determinados contenidos se opone a este objetivo y, en consecuencia, vulnera el pluralismo de ideas y la libertad de enseñanza. Barroso concluyó que, por esas razones, la norma cuestionada afectaba el alcance pleno y emancipador del derecho a la educación.

Según Barroso, la ley impugnada expresa una gran desconfianza hacia los docentes, que tienen un papel fundamental en el progreso educativo y en la promoción de los valores tutelados por la Constitución. La educación no puede florecer en un ambiente académico hostil, en el que el docente se sienta amenazado por las opiniones que pueda expresar. Por eso, la norma cuestionada vulnera el mandato constitucional de valorización de los profesionales de la educación.

En relación con esto, Barroso consideró la ley violaba el principio de proporcionalidad, ya que la prohibición de realizar manifestaciones políticas, religiosas o filosóficas resultaba una prohibición general de conductas que, con el pretexto de evitar el adoctrinamiento de los estudiantes, podía conducir a la persecución de profesores que no compartieran los puntos de vista dominantes.

En su voto de minoría, el ministro Marco Aurélio desestimó los pedidos de inconstitucionalidad por infundados. Subrayó que la Asamblea Legislativa de Alagoas no había usufructuado atribuciones legislativas reservadas a la Unión, sino que había actuado proporcionalmente, dentro del ámbito de acción descrito en la Constitución. Señaló que el objetivo de la ley cuestionada era orientar el sistema

educativo de acuerdo con el interés regional, garantizar libertades fundamentales y ampliar los mecanismos de protección del ambiente escolar.

En consecuencia, Marco Aurélio consideró que no correspondía al Poder Judicial corregir o perfeccionar una decisión política válida tomada por el Poder Legislativo del estado.

2. En cuanto a las normas municipales, el pleno resolvió su inconstitucionalidad por unanimidad. El relator Barroso, que ya había suspendido las disposiciones, consideró que comprometían el acceso de niños, adolescentes y jóvenes a contenidos relevantes para su vida íntima y social y que no respetaban la doctrina de protección integral del menor. Destacó que la educación, tal como la concibe la Constitución de 1988, buscaba promover el pleno desarrollo de la persona, su formación ciudadana y el desarrollo humanístico del país y se fundamentaba en el pluralismo de ideas y la libertad de aprender y enseñar. El propósito educativo, en este sentido, debe ser capacitar al individuo en los más diversos ámbitos de la vida, ya sea como ser humano, como ciudadano o como profesional.

Barroso señaló que las normas municipales iban en contra de esos valores. Explicó que prohibían adoptar una política pedagógica respecto al género o la orientación sexual y que incluso prohibían el uso de esos términos. De este modo, las normas impugnadas eliminaban un campo de saber de las aulas y del horizonte informativo de niños y jóvenes, lo que interfería con las líneas directrices de la Constitución en materia educativa. Barroso concluyó que los municipios deberían haberse abstenido de legislar sobre las bases de la educación, que era una competencia privativa de la Unión.

Argumentó, además, que el hecho de no abordar el género y la orientación sexual en el contexto de la enseñanza no suprimía el género y la orientación sexual de la experiencia humana. Agregó que, por el contrario, esta postura solo contribuía a la desinformación de los niños y los jóvenes sobre esta clase de temas y a la perpetuación de los estigmas y el sufrimiento que suele derivar del desconocimiento. En consecuencia, esta prohibición imponía la ignorancia sobre los alumnos acerca de una dimensión fundamental de su vida e impedía que la educación pudiera favorecer la transformación cultural, promover la igualdad y asegurar la protección integral del menor.

En relación con esto, Barroso resaltó que Brasil era uno de los países con mayor índice de violencia contra las minorías sexuales. Por lo tanto, estas normas municipales también impiden que la educación pueda contribuir a la superación de los prejuicios, la violencia y la intolerancia que acompañan a diversos sectores sociales a lo largo de la vida. Las escuelas públicas deberían ser un instrumento para promover el respeto por la diferencia y la inclusión. Prohibir la mención de los términos “género” y “orientación sexual” implica invisibilizar estas cuestiones. Rechazar la discusión de estos asuntos en el ámbito educativo significa valerse del aparato estatal para impedir la superación de la exclusión social y, por lo tanto, perpetuar la discriminación. Por estos motivos (vulneración del derecho a la igualdad y a la dignidad humana), Barroso también consideró inconstitucionales las normas impugnadas.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADI 5537, sentencia del 24-8-2020, en <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344415045&text=.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344467310&text=.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344415048&text=.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344415067&text=.pdf>.



Derecho a la educación. Responsabilidad de la institución educativa en la resolución de conflictos. Suspensión de términos judiciales en virtud de la emergencia pública de salud derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19. Excepciones. Levantamiento de suspensión de términos. (Colombia).

Antecedentes del caso: en 2013, se filtró en internet un video de contenido sexual filmado en la intimidad por una alumna de la carrera de Ingeniería Mecánica. El video fue objeto de comentarios ofensivos por parte de un docente, que, además, lo difundió a estudiantes, profesores y directivos de la institución.

En 2017, la alumna se matriculó en un curso dictado por el mismo profesor. El docente le ordenó retirarse y señaló que ya había dado las explicaciones pertinentes al coordinador del programa. El coordinador académico y el decano de la facultad se limitaron a comunicarle que, si consideraba que sus derechos habían sido vulnerados, debía presentar una queja o petición escrita. La alumna volvió a presentarse en el curso, fue echada nuevamente y el profesor continuó desprestigiándola. Las autoridades académicas no iniciaron un proceso disciplinario contra el profesor ni tomaron medidas a fin de resolver el conflicto.

La alumna presentó una acción de tutela. Invocó el amparo de sus derechos al buen nombre, a la honra, a la dignidad humana, a la educación y al *habeas data*. Solicitó que se ordenara a la universidad adoptar las medidas necesarias para evitar la difusión del video en el ámbito académico; que se exigiera al docente la supresión de los videos que tuviese en su poder, que se abstuviera de difundirlos y proyectarlos frente a la comunidad universitaria, así como de continuar las agresiones en su contra. También pidió que su educación estuviera a cargo de profesores respetuosos y que esté libre de hostigamiento o, en su defecto, que se la ubicara en otra institución. Como medida provisional, requirió que se le garantizara el derecho a la educación y la reserva de su cupo.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla admitió la acción de tutela y, como medida provisional, ordenó a la universidad garantizar que la demandante recibiera un trato digno y respetuoso que le permitiera terminar el curso. En julio de 2017, le concedió la protección solicitada. Estimó que tanto la universidad como el docente habían vulnerado los derechos a la educación, a la dignidad humana,

al buen nombre y a la honra de la demandante. Además ordenó al docente ofrecerle disculpas públicas en un acto de perdón y reparación frente a los alumnos del curso, el decano y el coordinador del programa, y que se abstuviera de realizar cualquier acto que pudiera lesionar los derechos de la accionante y de los demás estudiantes. Por otro lado, ordenó a la universidad que garantizara a la demandante el acceso a cada una de las clases de la asignatura en cuestión, un trato digno y respetuoso y, preferentemente, que las clases fueran dictadas por otro docente. También le ordenó presentar un informe sobre la investigación disciplinaria iniciada contra el profesor, en el que se indicaran los resultados obtenidos y las medidas adoptadas. El docente apeló.

En septiembre de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla —Sala Tercera de Decisión Laboral— revocó el fallo de primera instancia y denegó el amparo. Estimó que el mecanismo de defensa idóneo en el caso debería haber sido la presentación de una queja o denuncia contra el docente con el fin de que se surtiera el proceso disciplinario interno.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la vulneración del derecho a la educación de la demandante por parte de la universidad. Ordenó a la universidad disponer las gestiones necesarias para evitar la interacción entre el docente y la peticionaria en el ámbito académico. Además le ordenó tramitar con prontitud y efectividad los conflictos entre miembros de la comunidad universitaria. Con ese propósito, el Consejo Superior deberá determinar si es necesario actualizar y modificar el reglamento estudiantil. En caso afirmativo, deberá realizar las reformas pertinentes y comunicarlas a los estudiantes, docentes y directivos.

1. La Corte Constitucional dispuso sustituir los nombres de los involucrados, a pedido de la demandante.

2. En virtud de la emergencia pública de salud derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura ordenó la suspensión de términos judiciales hasta el 30 de junio de 2020, con algunas excepciones. Por su parte, en el Auto 121/2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional autorizó a las Salas de Revisión a levantar la suspensión con los siguientes criterios: a) la urgencia en adoptar una decisión de fondo o una medida provisional dirigida a la protección de los derechos fundamentales; b) la importancia nacional que revista el caso y c) la posibilidad material de que el asunto pueda ser tramitado y decidido de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento preventivo obligatorio, sin que ello implique la imposición de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas.

La Corte Constitucional estimó procedente levantar la suspensión de términos, por cuanto resultaba imperioso proteger el derecho a la educación de la peticionaria para evitar que se postergara su formación. Además, consideró que las órdenes dispuestas podían ser tramitadas y cumplidas por las autoridades universitarias en el contexto del aislamiento obligatorio con apoyo de distintas herramientas tecnológicas.

3. La decisión de primera instancia amparó los derechos a la educación, a la dignidad humana, al buen nombre y a la honra de la alumna. Además, ordenó al

docente ofrecerle disculpas públicas y abstenerse de realizar cualquier acto que pudiera lesionar sus derechos. Por otra parte, ordenó a la universidad que se garantizara a la alumna el acceso al curso vacacional y que fuera presentado un informe sobre la investigación disciplinaria iniciada contra el profesor.

En sede de revisión, la universidad informó que el acto de disculpas se había llevado a cabo en agosto de 2017 y que la tutelante había cursado y aprobado la asignatura. Por su parte, la alumna aportó copia de la decisión de la Oficina de Control Interno Disciplinario, por la cual se suspendió y se impuso al docente una sanción de inhabilitación especial durante un mes, con fundamento en la transgresión del deber previsto en el art. 34.6 de la Ley 734/2002 (“tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio”).

4. La Corte Constitucional advirtió que la estudiante y el profesor coincidieron en una sola cosa: que el conflicto se originó aproximadamente en 2013. Por su parte, el coordinador del programa de Ingeniería Mecánica durante ese año sostuvo que no se había convocado a una reunión ya que no se había recibido ningún reclamo. No resulta posible determinar, por lo tanto, si las autoridades académicas tuvieron noticia del inicio de la controversia. Además, se comprueba que la alumna estuvo matriculada durante los semestres comprendidos entre 2014 y 2016, por lo cual cabe concluir que su permanencia en la facultad no se vio afectada durante ese período.

No obstante, se acreditó que los directivos sí tuvieron noticia del conflicto a mediados de 2017, como consta en el expediente aportado por la universidad. Por lo tanto, la Corte Constitucional determinó que las autoridades universitarias se enteraron del conflicto antes de que la alumna promoviera el recurso de amparo. Sin embargo, actuaron tardíamente, pocos días antes de que terminara el curso vacacional y después de que el juez de primera instancia les comunicara el proceso de tutela.

La Corte Constitucional concluyó que la omisión de la universidad vulneró el derecho a la educación de la demandante en lo que respecta a la permanencia, pues su formación fue interrumpida por una confrontación con un docente, un motivo ajeno a su desempeño académico y disciplinario. Juzgó inadmisibles que las directivas de un centro educativo justifiquen su inactividad por la ausencia de una queja formal cuando, previamente, las partes involucradas habían comunicado el conflicto por otros medios. La falta de diligencia de las autoridades supuso, además, que la estudiante fuera suspendida de facto del curso vacacional, sin que se hubiera realizado un trámite disciplinario sujeto a las garantías propias del derecho al debido proceso.

Con el fin de determinar cuál debería haber sido el modo de proceder de las autoridades académicas, la Corte Constitucional examinó el reglamento estudiantil de la institución, y concluyó que no preveía canales que facilitaran la resolución de conflictos. Pero, independientemente de si existía o no un mecanismo interno apropiado, dada su obligación de guarda sobre el estudiantado, la universidad debió haber abordado el problema y haber propiciado un espacio de diálogo entre las partes con el propósito de evitar que la situación interrumpiera el proceso de aprendizaje de la alumna.

5. La Corte Constitucional advirtió que la controversia no podía ser analizada partiendo de un enfoque unilateral, y que debían ser consideradas las

perspectivas tanto del docente como de la alumna. Debía tenerse en cuenta que los actos que se realizan en ejercicio de las libertades —como la libertad de expresión o el libre desarrollo de la personalidad— pueden tener un impacto en el entorno social o en otro sujeto.

En este caso, una estudiante decidió realizar un video con contenido sexual que fue publicado en internet y que provocó una reacción en un profesor, que valoró el acto como inmoral, alertó a los directivos sobre la existencia del video y señaló que la estudiante había incurrido en una falta gravísima prevista en el reglamento estudiantil y, también, en el delito de “tráfico de órganos”.

La situación derivó en una tensión entre las garantías que asisten a cada una de las partes, y debió ser resuelta con prontitud por las autoridades académicas. La alumna no puede ser cuestionada en el ámbito académico por actos que forman parte de su vida privada. Y, por el otro, el docente no puede ser forzado a obrar en contra de sus convicciones, según las cuales grabar un video con contenido sexual es un acto contrario a la moral que no debe admitirse.

Tomando en consideración el material probatorio, el paso del tiempo respecto de los hechos que originaron la controversia y la postura de las partes, la Sala de Revisión estimó que una orden relativa a un nuevo acto público de disculpas podía agravar la tensión. En lo que atañe a las pretensiones relacionadas con la proyección y supresión del video de contenido sexual, la Corte Constitucional advirtió que este se encuentra en una página web de acceso público y, en consecuencia, su retiro del portal depende, exclusivamente, de quienes la administran. Adicionalmente, no se probó que hubiese sido proyectado frente a otros miembros de la comunidad universitaria ni durante alguna de las clases dictadas por el docente y tampoco que el docente se hubiera referido a la peticionaria en los términos señalados en el escrito tutelar. Por lo tanto, la Corte Constitucional no se pronunció ni dictó órdenes al respecto.

6. La Corte Constitucional adoptó medidas para garantizar la permanencia de la accionante en la institución, dado que la solicitud de tutela no se circunscribe a cursar una materia en particular, y que el proceso de formación universitario abarca otros escenarios de evaluación y enseñanza.

Por ello, confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la vulneración del derecho a la educación por parte de la universidad, en perjuicio de la estudiante. Con el fin de evitar la mayor dilación del proceso educativo, ordenó a la universidad realizar las gestiones necesarias para evitar toda interacción en el ámbito académico entre el docente y la estudiante. Además, ordenó a la institución resolver con prontitud los conflictos que surjan entre miembros de la comunidad universitaria. Para ello el Consejo Superior deberá determinar si es necesario actualizar y modificar el reglamento estudiantil y, en caso afirmativo, deberá realizar las reformas pertinentes y comunicarlas a los estudiantes, docentes y directivos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Segunda de Revisión, acción de tutela presentada por *Andrea* contra la Universidad y contra *Ignacio*, sentencia T-165/20, del 8-6-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-165-20.htm>



Derecho a la igualdad ante la ley. Igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derechos a un proceso con todas las garantías. Presunción de inocencia. Principio de legalidad penal en su vertiente del principio de culpabilidad. (España).

Antecedentes del caso: en 2015 se incoó un expediente disciplinario contra un funcionario judicial español. Cuando contestó los cargos formulados en su contra, el funcionario reveló que padecía de síndrome de Asperger y que no lo había comunicado previamente por considerar que la información concernía al ámbito de su intimidad. Aportó un informe psiquiátrico emitido por su médico tratante y propuso que se acordara una diligencia de reconocimiento psiquiátrico para confirmarlo, pero el ofrecimiento que no fue aceptado. Alegó una posible discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE) con motivo de la actuación administrativa dirigida a apartarlo del servicio, así como el derecho a percibir “ajustes razonables” en su puesto de trabajo, conforme a las normas que regulan los derechos de las personas discapacitadas, y denunció la vulneración del derecho a contar un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia. Además, expuso que, simultáneamente, estaba tramitando por la vía administrativa el reconocimiento de su discapacidad.

En junio de 2016, la Secretaría de Estado de Justicia le impuso una sanción de un año y un día de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de una falta muy grave, a saber, el incumplimiento reiterado de las funciones inherentes al puesto de trabajo o de distintas tareas encomendadas y el retraso, la desatención o el incumplimiento reiterados de las funciones inherentes al puesto de trabajo o de tareas encomendadas. Por lo que hace a los efectos concretos de la sanción, y habida cuenta de que el recurrente en amparo ya no prestaba servicios en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Haro, dado que las sanciones superiores a seis meses comportan la pérdida de destino, la ejecución de la sanción a partir del 6 de noviembre de 2017 supuso la pérdida del último puesto al que había sido destinado, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Torrinelaguna, en el que alegaba estar bien integrado.

El funcionario interpuso un recurso contencioso administrativo mediante el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Denunció haber sufrido discriminación por padecer una discapacidad no incapacitante (art. 14

CE); la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE); la lesión del derecho a mantenerse sin perturbaciones ilegítimas en el desempeño de su función como letrado de la administración de justicia (art. 23.2 CE); la violación del derecho a la prueba pertinente para su defensa y al proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE), y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 6 estimó parcialmente el recurso. En cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14, 15 y 23.2 CE, entendió que no existían indicios de que la actuación administrativa impugnada hubiera sido discriminatoria por causa de discapacidad. Concluyó que, más allá de establecerse el diagnóstico de síndrome de Asperger y su evolución, no hubo indicio que permitiera tener por acreditado que el recurrente hubiera sido objeto de acoso y de discriminación por razón de discapacidad. En relación con los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE, estimó que la toma de declaraciones a testigos anónimos había vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la prueba. Además, estimó que esos testimonios fueron relevantes en el dictado de la resolución impugnada y que la reserva de la identidad de los testigos se mantuvo sin fundamento solvente ni apoyo legal expreso. Por último, desestimó la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la legalidad sancionadora, ya que se había practicado una actividad probatoria suficiente a efectos de tener por salvaguardado el derecho a la presunción de inocencia. Las partes apelaron la sentencia.

La Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de apelación del recurrente y estimó el recurso del abogado del Estado. Declaró que no había habido lesión de los derechos fundamentales del funcionario, porque la sanción impuesta podía mantenerse con la sola prueba documental de cargo que existía, y que la testifical anónima solo la corroboraba. Por esa razón, consideró que no correspondía anular las actuaciones y retrotraer el expediente, sino simplemente prescindir de esa prueba. En cuanto a la discapacidad, entendió que el procedimiento disciplinario no era la vía adecuada para reclamar las medidas de ajuste solicitadas y, finalmente, rechazó el supuesto de discriminación por discapacidad. El funcionario planteó un recurso de casación cuyo trámite no fue admitido por la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Entonces, el funcionario interpuso un recurso de amparo contra la resolución de la Secretaría de Estado de Justicia que había impuesto la sanción y contra la sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que declaró la resolución administrativa impugnada conforme a derecho. Alegó que habían vulnerado su derecho a no sufrir discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE), su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España declaró que habían sido vulnerados en perjuicio de A. M. Z. los derechos a la igualdad de trato y no

discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE), a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (24.2 CE) y el principio de culpabilidad (art. 25.1 CE). Declaró la nulidad de la resolución de la Secretaría de Estado de Justicia de junio de 2016, de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo 6 en el recurso 134-2016 (derechos fundamentales) de noviembre de 2016 y de la sentencia de la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de junio de 2017. Ordenó la reposición del actor a la situación en que se encontraba antes de la sanción que le fue impuesta, sin perjuicio de los derechos adquiridos tras la sentencia, para que la Administración adopte las medidas oportunas.

1. A. M. Z. alegó la vulneración de su derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad en los términos reconocidos por la doctrina constitucional. Además, que la Administración, contrariamente a lo que exige la doctrina constitucional en relación con las discriminaciones prohibidas por el art. 14 CE, no había dado respuesta a los hechos precedentes a la sanción que revelaban, a su juicio, la situación de discriminación en que se encontraba.

La discapacidad constituye una circunstancia personal protegida por el art. 14 CE contra cualquier forma de discriminación. Las medidas que tienen el objetivo de procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad tienen una estrecha conexión con el mandato del art. 9.2 CE y, específicamente, con el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, ordena a los poderes públicos llevar a cabo una política de integración de las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas, que los ampare especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.

La aplicación de la cláusula del art. 10.2 CE conlleva que, en estos casos, el tribunal otorgue una relevancia exegética especial a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigente en España desde mayo de 2008. La Convención protege en su art. 1 a quienes “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En su art. 2, proscribire la “discriminación por motivo de discapacidad” ante “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”, y señala en el art. 5.3 que los Estados parte “adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

El modelo de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad previsto en la Convención de la ONU tiene reflejo en el Real Decreto legislativo 1/2013, que aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGDPD). La Corte Constitucional subrayó que la disposición consagra el principio de no discriminación

por razón de la discapacidad, sea directa o indirecta, y la exigencia a las autoridades de adoptar los ajustes razonables que sean requeridos. Los ajustes razonables se definen como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”. Por otra parte, la Corte Constitucional observó que, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo declaró que el principio de no discriminación consagrado en el art. 14 CEDH se refiere en su cláusula final a las personas con discapacidad, a quienes considera dentro de los grupos particularmente vulnerables.

Respecto de la distribución de la carga de la prueba y su aplicación a la administración, la Corte Constitucional sostuvo que, cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE y aporta indicios racionales de discriminación, corresponde a la empleadora la obligación de rebatirlos justificando su actuación como absolutamente ajena a todo propósito de atentar contra derechos fundamentales. Pero, incluso en el supuesto de que no hubiera una intención discriminatoria, corresponde también al empleador probar que la vulneración que se le atribuye no representa objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación. Esta doctrina se aplica a la discriminación por razón de discapacidad, en tanto que el art. 14 CE proscribiera todo acto que tenga tanto el propósito como el efecto de lesionar el derecho a la igualdad de trato de las personas que la padecen. De manera que corresponde al empleador, también cuando es una administración, acreditar que sus decisiones o actos fueron legítimos y carentes del móvil o efecto discriminatorio que se les imputa.

2. La adopción de los “ajustes razonables” en el empleo desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por el art. 14 CE. Dichos ajustes se integran en el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación de las personas con discapacidad, a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones en el ámbito laboral. Son esenciales, además, para dar cumplimiento a los mandatos que imponen los arts. 9.2 y 49 CE a todos los poderes públicos.

El empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido “tan preeminente como persistente” (Observación General 5 sobre las personas con discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas). La relevancia de los ajustes razonables como herramienta para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones ha sido subrayada tanto por la Convención de la ONU, que en su art. 2 incluye como forma de discriminación por motivos de discapacidad la “denegación de ajustes razonables”, como por la CEDH, en su sentencia *Enver Şahin contra Turquía*, en la que declaró que “la discriminación por razón de discapacidad comprende todas las formas de discriminación, incluyendo la denegación de acomodo razonable”, y por el TJUE, que ha sostenido que el despido

de un trabajador con discapacidad por “causas objetivas” —es decir, sobre la base de criterios de despido generales, como la menor productividad o menor polivalencia en las actividades laborales respecto de la media y un elevado índice de absentismo— constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, a no ser que el empresario haya previamente compensado al trabajador mediante ajustes razonables, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades.

La Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad regula las garantías del derecho al trabajo y precisa los distintos tipos de discriminación y las consecuencias que tiene, en los casos de discriminación indirecta, la no adopción de medidas adecuadas para eliminar las desventajas que suponga una disposición, cláusula, pacto o decisión aparentemente neutros. Por otra parte, se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando, debido a ello, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. En el ámbito del empleo público, el Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, señala la obligación de cada administración pública de efectuar estos ajustes.

El Tribunal Constitucional concluyó que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, consagrado en el art. 14 CE, comprende el derecho a los ajustes razonables que no imponen una carga desproporcionada o indebida y que resultan necesarios para garantizar el derecho de personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de esta obligación por parte del empleador, por incurrir en discriminación, priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o las sanciones disciplinarias motivadas en insuficiencias en el desempeño. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes.

Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables con motivo de una discapacidad, su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se presente la solicitud y se acredite el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada, en particular, cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que, de lo contrario, incurriría en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho.

El cumplimiento de esta obligación responde, además, a una triple exigencia constitucional cuando quien emplea es la administración pública, dado que, por una parte, debe velar por el respeto del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE y, por otra parte, recaen directamente sobre sí los mandatos de los arts. 9.2 y 49 CE.

No se puede ignorar que quienes padecen de una discapacidad mental por causas psíquicas, intelectuales o cognitivas se enfrentan a prejuicios y discriminaciones, lo que constituye una barrera a la hora de informar al empleador

al respecto. Estas formas de discapacidad, menos conocidas y comprendidas que las discapacidades físicas, siguen aún rodeadas de mitos, miedos y estereotipos que hacen que quienes las padecen sean especialmente vulnerables a la discriminación. España ha adherido a la Recomendación sobre la Política Integrada de Salud Mental, Competencias y Empleo, adoptada por el Consejo de la OCDE, que plantea la necesidad de que las autoridades tomen medidas para evitar obstáculos en el ejercicio del derecho a que se efectúen ajustes razonables en el empleo, lo que resulta esencial para garantizar la igualdad de trato y oportunidades de las personas con discapacidad mental. Por consiguiente, es particularmente importante que el empleador adopte los ajustes razonables que sean necesarios y adecuados para garantizar la igualdad de trato y no discriminación tan pronto como tenga conocimiento de la discapacidad del empleado y, en todo caso, antes de actuar en menoscabo del empleo de una persona discapacitada, ya sea por medio del despido, la jubilación, o la imposición de medidas disciplinarias.

3. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la Constitución consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico, tanto del derecho penal como del derecho administrativo sancionador. Si bien la doctrina no ha identificado un solo modo de entender el principio de culpabilidad, sí ha excluido una lectura que admita la existencia de un derecho penal “de autor” que determine las penas de acuerdo con la personalidad del reo y no según la culpabilidad en la comisión de los hechos. Ello supone que tampoco resulta constitucionalmente legítimo un “derecho sancionador que determina las penas en atención al mero resultado y sin atender a la conducta diligente del presunto sujeto responsable”. El principio de culpabilidad proscribela responsabilidad sin culpa y exige no solo la autoría de la acción o de la omisión sancionables, sino también la necesidad de determinar la presencia de dolo o imprudencia. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el principio de culpabilidad excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto presuntamente responsable.

En cuanto al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que puede plantear estrechos vínculos con el principio de culpabilidad, la doctrina del Tribunal Constitucional lo ha reconocido como uno de los principios cardinales del derecho sancionador contemporáneo y, consciente de la importancia garantista que reviste, lo considera “la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada”. Como regla, constituye el derecho a no sufrir una sanción a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable. El art. 24.2 CE establece la presunción de que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delitos y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo corresponden a quienes, en el proceso penal, asumen la condición de parte acusadora. Supone que el acusado llega al juicio como inocente y que solo puede salir de él como culpable si su condición inicial es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones. La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier

persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no se es culpable hasta que así se declare en una sentencia condenatoria.

4. El recurrente expuso que en el marco del procedimiento disciplinario había aportado pruebas fehacientes de la discriminación padecida, pese a lo cual la administración se abstuvo de dar una respuesta suficiente y razonable, como exige la doctrina constitucional sobre el reparto de la carga de la prueba. Afirmó que la resolución sancionadora se limitó a considerar las disfunciones en la gestión de la oficina judicial con el supuesto de que podían ser consecuencia de su discapacidad, pero partiendo del sofisma de que, si el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS no lo había considerado “totalmente incapacitado”, estaba “totalmente posibilitado” para las cumplir con las funciones previstas en su puesto de trabajo.

El Tribunal Constitucional estimó que la ausencia de respuesta suficiente y razonable a las alegaciones del recurrente relativas a los indicios de discriminación por razón de discapacidad supone, en este caso, una vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por influir de manera directa sobre la aplicación del principio de culpabilidad (art. 25.1 CE). Si bien la Administración ha acreditado la concurrencia del elemento objetivo del tipo de la infracción que se le imputa al recurrente mediante los diversos informes y actas de inspección emitidos, no cabe apreciar lo mismo en relación con el elemento subjetivo de la infracción: el recurrente aportó el informe psiquiátrico y propuso una prueba de descargo que la Administración acordó no practicar. No obstante, sí se basó en la declaración de testigos anónimos, vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías. Cuando el recurrente aportó un certificado que acreditaba una discapacidad leve, la Administración dio por acreditada la existencia de una negligencia, sin dar respuesta expresa a las alegaciones que ponían en cuestión la plena concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad por razón de la discapacidad aducida ni valorar la prueba de descargo que ofrecía el recurrente. En este caso, además, la Administración pudo advertir tempranamente indicios de que A. M. Z. experimentaba dificultades particulares que menoscababan su capacidad para desempeñar correctamente sus funciones como funcionario judicial, como las asociadas al uso de nuevos instrumentos o tecnologías u otras ocupaciones de índole relacional. De hecho, la afirmación de la resolución sancionadora según la cual se pudo “comprobar una importante corrección de las disfunciones detectadas”, dado que no contempló que para ello fue necesario dar traslado al funcionario ni tampoco que hubiera recibido alguna formación para el uso de nuevas tecnologías, arroja dudas sobre si la adopción de ciertos ajustes razonables no podría haber solventado o al menos mitigado las dificultades que experimentaba el recurrente en relación con las tareas técnicas. La Administración, en definitiva, debería haber llegado a un convencimiento sobre la culpabilidad del funcionario más allá de toda duda razonable, valorar la prueba de descargo aportada y explicar suficientemente su aceptación o rechazo. Por no hacerlo, la administración vulneró también el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad (art. 25.1 CE), pues no se llegaron a valorar todos los elementos necesarios para calificar como no diligente la conducta del funcionario. La consecuencia de todo ello fue la imposición de una sanción por el mero resultado producido.

También observó que la falta de valoración de todos los elementos presentes en el caso tiene su origen en la inversión inadecuada de la carga de la prueba, que debería haberse realizado desde el momento en que el funcionario invocó indicios suficientes de discriminación. Los tribunales y las Administraciones deben actuar siempre con pleno respeto al derecho de defensa y a la presunción de inocencia y, en cuanto les compete, probar que, junto a los elementos objetivos del ilícito, concurren también los elementos subjetivos determinantes de la culpabilidad de aquel a quien se le imputa una infracción. Ello sin perjuicio de que, conforme a la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre la prueba indiciaria, el derecho a la presunción de inocencia se destruye cuando un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías, al cual se aporte una prueba de cargo suficiente, sin que a ello se oponga que la convicción del órgano sancionador se logre a través de la denominada prueba indiciaria. En definitiva, el apartado 2 del art. 77 LGDPD no puede interpretarse en el sentido de que impide el reparto de la carga de la prueba cuando se alega un panorama indiciario de discriminación por discapacidad que genere una sospecha razonable, apariencia o presunción a favor de dicho alegato frente a una administración que actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria o sancionadora.

En este caso, el recurrente alegó de modo preciso y concreto la existencia de indicios de discriminación por razón de discapacidad sobre la base de los hechos probados. De manera que recaía en la administración la carga de desvirtuar en el marco de dicho procedimiento cualquier duda fundada sobre la existencia de discriminación. Esa carga compete a la Administración y no puede ser suplida *a posteriori* en el marco de los procedimientos judiciales.

La Administración estaba obligada a aportar una prueba precisa y suficiente de que la sanción del funcionario tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, frente a sus alegaciones en el procedimiento disciplinario, la Administración consideró acreditada la concurrencia de negligencia como elemento subjetivo de la infracción. Negligencia que se fundamentó en el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, sobre cuya base se descartó “que la razón de las disfunciones del inspeccionado sea médica” y se concluyó que el funcionario “incumplió de forma reiterada con las funciones inherentes a su cargo”. Cabe recordar que ese informe, en el marco de un procedimiento de oficio para su jubilación por incapacidad, declaraba que el recurrente no se veía afectado “por una lesión o proceso patológico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad, que le imposibilite totalmente para las funciones que desempeña”. De esta conclusión, la administración infirió que, si de acuerdo al equipo de Valoración de Incapacidades, A.M.Z. estaba apto para las funciones que desempeñaba en su puesto de trabajo, entonces era responsable directo de las irregularidades detectadas que constituían una falta disciplinaria.

El Tribunal Constitucional estimó que tal motivación no da una respuesta razonable o suficiente al panorama indiciario aportado por el recurrente. Ello así, porque parte de una premisa falsa —que el informe emitido dentro del proceso de jubilación descarta que las deficiencias en el desempeño de sus funciones tengan

origen médico y que el recurrente estaba capacitado para llevar a cabo sus funciones— y porque no brinda una respuesta expresa a la cuestión de la discapacidad alegada, ni tampoco sobre la discapacidad por padecer síndrome de Asperger ni sobre los ajustes necesarios requeridos. El hecho de que una persona no esté totalmente imposibilitada para ejercer una actividad profesional por padecer una discapacidad no es óbice para que experimente obstáculos en el ejercicio de sus funciones. La Administración podía y debía desvirtuar la afirmación del recurrente y acreditar que había tenido en consideración la discapacidad y el derecho a los ajustes razonables solicitados y su correlativa obligación. Además, debía dar constancia de que la resolución adoptada había obedecido a razones objetivas, ajenas a toda intención o efecto discriminatorio, como garantizar el buen funcionamiento de la Administración judicial.

5. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional observó que se habían vulnerado tanto el derecho del recurrente a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE) como sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (24.2 CE), así como al principio de legalidad penal en la vertiente del principio de culpabilidad (art. 25.1 CE).

Estimó el recurso de amparo y, consiguientemente, declaró la nulidad de la resolución administrativa sancionadora dictada por la Secretaría de Estado de Justicia y de las resoluciones judiciales confirmatorias de aquella, que no repararon los derechos fundamentales concernidos, todo ello con la consiguiente reposición del actor en la situación en que se encontraba antes de la sanción impuesta, e instó la Administración a adoptar las medidas de ajuste razonable indicadas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Primera, Recurso de amparo 2950-2018, promovido a instancia de A. M. Z., contra la resolución de la Secretaría de Estado de Justicia (por delegación del Ministro de Justicia) de 8 de junio de 2016 y contra la sentencia 2686-2017 dictada en la apelación (derechos fundamentales) 2-2017 por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional del 22 de junio de 2017, sentencia del 15-3-2021, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_029/2018-2950STC.pdf



Derecho a la libertad de empresa. Explotación de redes radioeléctricas móviles 5G. Intereses de defensa y seguridad nacional. Riesgos de espionaje, piratería y sabotaje. Principio de igualdad ante las cargas públicas. Garantía de derechos. (Francia).

Antecedentes del caso: el Consejo de Estado de Francia planteó una cuestión prioritaria de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional. Había sido inicialmente planteada por las compañías Bouygues Télécom y SFR para que se determinara si ciertos artículos del Código de Correos y Comunicaciones

Electrónicas, cuya redacción se basa en la Ley n.º 810/2019, relativa a la protección de los intereses de defensa y seguridad nacional de Francia en el marco de la explotación de las redes radioeléctricas móviles, vulneraban los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

Las disposiciones impugnadas del párrafo I del art. L. 34.11 del mismo Código, supeditan la explotación de ciertos equipos de redes radioeléctricas móviles a la autorización del primer ministro. El inciso tercero del mismo párrafo especifica que la lista de tales equipos estará sujeta a una orden del primer ministro adoptada tras el dictamen previo de la autoridad de regulación de las comunicaciones electrónicas y correos. Asimismo, en aplicación del art. L. 34.12 del Código, el primer ministro denegará la concesión de la autorización en caso de riesgo grave de perjuicio a los intereses de defensa y seguridad nacional. Además, a fin de evaluar ese riesgo, tendrá en cuenta el nivel de seguridad de los dispositivos, la modalidad de su aplicación y explotación prevista por el operador, así como la circunstancia de que este o uno de sus proveedores, incluidos los subcontratistas, estén bajo el control o sujetos a la injerencia de un Estado no miembro de la Unión Europea.

Ahora bien, según Bouygues Télécom y SFR, las normas impugnadas desconocerían la libertad de empresa. Si, en teoría, las disposiciones son aplicables únicamente a los equipos de redes de comunicación móvil de quinta generación (“5G”), en la práctica, en caso de denegación de la autorización, obligarían a los operadores que desean ofrecer servicios compatibles con la nueva tecnología a proceder al reemplazo, en todo o en parte, de sus equipos previamente instalados, compatibles con las redes de generaciones anteriores, en razón de las restricciones técnicas vinculadas a la falta de interoperabilidad de los dispositivos, situación que les ocasionaría cargas excesivas. Asimismo, las compañías alegaron que las disposiciones solo tendrían por objeto prohibir a los operadores proveerse de dispositivos 5G en la compañía china Huawei, lo cual restringiría sus opciones en cuanto a proveedores, y penalizaría a aquellos que hubieran recurrido a la compañía china para obtener sus equipos más antiguos.

Por otra parte, las compañías alegaron que las disposiciones en cuestión desconocerían el principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que los operadores de comunicaciones electrónicas, obligados a reemplazar sus equipos a su costa, tendrían que soportar una carga desproporcionada que debería corresponderle al Estado, en razón de las elecciones tomadas en nombre de la seguridad nacional. Según las compañías, las disposiciones impugnadas desconocerían asimismo la garantía de derechos, porque se sumarían al régimen de autorización previsto en el art. 226-3 C.P. y pondrían en tela de juicio las autorizaciones estatales para la explotación de las redes de comunicación móvil de segunda a cuarta generación por parte de los operadores.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia declaró que tanto el inciso primero del párrafo I del art. L. 34-11 del Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas, cuya redacción se basa en la Ley n.º 810/2019, relativa a la protección de los intereses de defensa y seguridad nacional de Francia, en el marco de la explotación

de las redes radioeléctricas móviles, como las palabras “y la circunstancia de que el operador o sus proveedores, incluidos los subcontratistas, estén bajo el control o sujetos a actos de injerencia de un Estado no miembro de la Unión Europea” contenidas en el inciso segundo del art. L. 34-12 del mismo Código, se compadecen con la Constitución.

Con respecto a la libertad de empresa que emana del art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Consejo Constitucional consideró que el legislador tiene la facultad de imponer restricciones vinculadas con exigencias constitucionales o que se justifiquen en función del interés general, con la condición de que no ocasionen perjuicios desproporcionados respecto del objetivo perseguido.

En este contexto, el Consejo Constitucional consideró que, al adoptar las disposiciones impugnadas con el fin de proteger los intereses de defensa y seguridad nacional, el legislador pretendió preservar a las redes radioeléctricas móviles de los riesgos de espionaje, piratería y sabotaje que pudieran presentarse debido a las nuevas funciones ofrecidas por la comunicación móvil 5G. Por consiguiente, estimó que las disposiciones daban cumplimiento a las exigencias constitucionales inherentes a la salvaguardia de los intereses fundamentales de la nación.

Por otra parte, el Consejo Constitucional señaló que el ámbito de la autorización impugnada estaba doblemente limitado. Por un lado, la autorización solo era requerida para explotar en el territorio nacional dispositivos que permitieran conectar las terminales de los usuarios finales a las redes radioeléctricas móviles posteriores a las de cuarta generación, toda vez que las funciones de los mismos constituyen un riesgo para la permanencia, la integridad, la seguridad o la disponibilidad de la red o para la confidencialidad de los mensajes transmitidos y de las informaciones vinculadas a las comunicaciones. Por el otro, la autorización solo concernía a las empresas que explotan una red de comunicaciones electrónicas para el usufructo del público y que han sido designadas por la autoridad administrativa como operadores de importancia vital. En efecto, de conformidad con el art. L. 1332-1 del Código de Defensa, utilizan equipos cuya indisponibilidad podría disminuir significativamente el potencial bélico de la Nación, su potencial económico, su seguridad o su capacidad de supervivencia, y, por ello, están obligados a cooperar en la protección de dichas instalaciones para hacer frente a cualquier amenaza.

El Consejo Constitucional consideró que la autorización solo puede ser denegada si el Primer Ministro estima que existe un riesgo grave de perjuicio a los intereses de defensa y seguridad nacional, en caso de insuficiencia de garantías de cumplimiento de las normas relativas a la permanencia, la integridad, la seguridad o la disponibilidad de la red, o bien relativas a la confidencialidad de los mensajes transmitidos y de las informaciones vinculadas con las comunicaciones. Asimismo, consideró que el legislador, previendo que, para evaluar ese riesgo, el Primer Ministro considera sobre todo la circunstancia de que el operador o su proveedor estén bajo el control o sujetos a actos de injerencia de un Estado extranjero, no tuvo en cuenta a operadores o proveedores determinados ni a dispositivos de un fabricante específico. En conclusión, el Consejo Constitucional consideró que, si la implementación de las

disposiciones impugnadas implicara para los operadores una serie de cargas vinculadas con la necesidad de reemplazar equipos antiguos para hacerlos materialmente compatibles con los dispositivos cuya explotación está sujeta a la autorización impugnada, dichas cargas derivarían solamente de la elección inicial de materiales y proveedores por parte de los operadores, que no son imputables al Estado.

Por todos estos motivos, el Consejo Constitucional concluyó que la vulneración a la libertad de empresa por parte de las disposiciones impugnadas no resulta desproporcionada en relación con el objetivo perseguido.

En lo concerniente a los reclamos vinculados con el principio de igualdad ante las cargas públicas, el Consejo Constitucional recordó que, si el art. 13 de la Declaración no prohíbe que por motivos de interés general recaigan cargas particulares sobre ciertas categorías de personas, ello no debe suponer una violación de la igualdad ante las cargas públicas.

El Consejo Constitucional estimó que la protección de las redes de comunicación móvil mediante una autorización previa a la explotación de ciertos dispositivos está directamente vinculada a las actividades de los operadores que utilizan y explotan esas redes para ofrecer al público servicios de comunicaciones electrónicas.

En respuesta al reclamo relativo a la vulneración de la garantía de los derechos invocados con base en el art. 16 de la Declaración (“Una sociedad en la que la garantía de derechos no está asegurada ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”), el Consejo Constitucional señaló que, por un lado, el régimen de autorización instituido por las disposiciones impugnadas no es aplicable a los equipos compatibles con las redes de cuarta generación o anteriores, cuya explotación puede continuar en las mismas condiciones que antes. Ese régimen, además, no alcanza a las autorizaciones para la utilización de frecuencias de las que disponen los operadores para explotar esas mismas redes. En consecuencia, las disposiciones impugnadas no vulneran las situaciones legalmente adquiridas.

En segundo lugar, el Consejo Constitucional consideró que en el momento de la adopción de las normas impugnadas, los operadores de comunicaciones electrónicas estaban sujetos al régimen de autorización previsto en el art. 226-3 del Código Penal. Ese régimen, en efecto, rige la posesión y la utilización de ciertos dispositivos habida cuenta de la vulneración de la vida privada y del secreto de la correspondencia que pueden ocasionar, y, en principio, es aplicable a todos los equipos que permiten una conexión a la red móvil. Las disposiciones impugnadas regulan las condiciones de explotación de ciertos dispositivos en razón de los perjuicios susceptibles de ser ocasionados a los intereses de defensa y seguridad nacional. Son aplicables solamente a los equipos que permiten el acceso a las redes móviles posteriores a las de cuarta generación, con el fin de responder a los retos de seguridad específicos de las nuevas redes.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2020-882 QPC del 5/2/2021, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020882qpc/2020882qpc.pdf



Derecho a la libertad de expresión. Censura previa. Inclusión de una advertencia en una película. Dignidad de la persona humana. Derecho al respeto de las creencias religiosas. Libertad de creencia. (Brasil).

Antecedentes del caso: el 3 de diciembre de 2019, la plataforma de *streaming* Netflix estrenó la película *La primera tentación de Cristo* en Brasil. Esta comedia satírica de la productora Porta dos Fundos representaba a Jesucristo en una relación gay y narra su regreso a casa con su novio después de 40 días en el desierto. Fue lanzada como un especial de Navidad.

Tras el lanzamiento, la Asociación Centro Don Bosco de Fe y Cultura presentó una acción civil pública y solicitó que el film fuera prohibido y que se condenara a la productora y a la plataforma a pagar una indemnización por daño moral. Argumentó que la película era una ofensa al honor y la dignidad de millones de católicos brasileños. Sostuvo que constituía un ataque frontal al conjunto de creencias y valores que representaban las figuras de Jesucristo, Dios, la Virgen María y San José y que excedía los límites de la libertad artística protegida por la Constitución.

La solicitud fue rechazada, primero, por el Juzgado n.º 16 en lo Civil de Río de Janeiro y, luego, por el juez de turno del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro, que, sin embargo, dictaminó que se incluyera, al inicio de la película y durante los anuncios, una advertencia para informar que se trataba de una “sátira que involucra valores caros y sagrados de la fe cristiana”. No obstante, el 8 de enero de 2020, el juez relator del caso del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro ordenó suspender la exhibición del film. Alegó que esta medida permitiría evitar que se produjeran daños graves e irreparables. Agregó que las libertades de expresión, de prensa y artística no eran absolutas y no podían funcionar como respaldo de cualquier manifestación, por lo que correspondía examinar los derechos para impedir que ocurrieran excesos.

La plataforma Netflix presentó una queja (RCL 38782) contra esa decisión ante el Tribunal Supremo Federal. Sostuvo que tanto la determinación de introducir una advertencia como la de suspender la exhibición de la película eran incompatibles con las sentencias del tribunal en una acción por incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 130) y en una acción directa de inconstitucionalidad (ADI 2404) que trataban sobre la inconstitucionalidad de cualquier tipo de censura previa y restricción a la libertad de expresión no prevista en la Constitución (incluida la obligación de agregar un aviso que no formara parte de la clasificación de contenido por edades). Netflix reclamó que se suspendieran los efectos de ambas decisiones del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro con el fin de resguardar su derecho a la libertad de expresión, en su dimensión de libertad de creación artística y de programación.

Sentencia: el presidente del Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, el 9 de enero de 2020, suspender las decisiones del juez relator y del juez de turno del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro. Dias Toffoli dictó una tutela de urgencia para garantizar la exhibición del film sin ninguna restricción.

El presidente del Tribunal Supremo Federal recordó que, en casos similares (relativos a la incautación de libros en la Bienal de Río de Janeiro y a la presentación de un cantante de góspel en la víspera de Año Nuevo en Copacabana), había prevalecido la libertad de expresión, una condición inherente a la racionalidad humana como derecho universal del individuo y como corolario del sistema democrático. Destacó que la democracia solo podía concretarse y progresar en un entorno en el que se permitiera exponer, defender y confrontar distintas convicciones y visiones del mundo, en un debate rico y plural.

En este sentido, señaló que la libertad de expresión estaba ampliamente protegida en el orden constitucional brasileño. Indicó que las libertades de expresión intelectual, artística, científica, de creencia religiosa, de convicción filosófica y de comunicación eran derechos humanos fundamentales (art. 5 de la Constitución) y esenciales para concretar los objetivos de la República, tales como el pluralismo político y la construcción de una sociedad libre, justa, solidaria y sin prejuicios de origen, raza, sexo, color o edad.

Además, Dias Toffoli remarcó que el Tribunal Supremo Federal había construido una jurisprudencia consistente en defensa de la libertad de expresión. En ADPF 130, por ejemplo, el tribunal ratificó la plenitud del ejercicio de la libertad de expresión como consecuencia de la dignidad de la persona humana y como medio para reafirmar o potenciar otras libertades constitucionales. Este entendimiento fue reiterado en otras ocasiones, como en ADI4451, donde se discutió el funcionamiento de programas de humor político que involucraran a candidatos, partidos y coaliciones. En esa sentencia, el tribunal consideró que el derecho fundamental a la libertad de expresión no apuntaba solo a proteger las opiniones supuestamente verdaderas, admirables o convencionales, sino también las que fueran dudosas, exageradas, condenables, satíricas, humorísticas o no compartidas por las mayorías.

En cuanto a la libertad de creencia, Dias Toffoli señaló que, en ADI 4439 (sobre educación religiosa en las escuelas), el Tribunal Supremo Federal había establecido como premisas la voluntariedad de la exposición del contenido y la prohibición de que el Gobierno favoreciera o jerarquizara a un grupo en detrimento de otros. En relación con esto, Dias Toffoli observó que la circulación del film del caso analizado estaba limitada a un servicio de *streaming* al que se accedía de modo voluntario y controlado. No existía ningún tipo de coerción. Por lo tanto, el poder de censura recaía en cada persona aisladamente o, si se trataba de menores, en sus padres o tutores. De este modo, se podía garantizar en forma individual y privada el respeto por los valores cristianos.

Por otro lado, Dias Toffoli remarcó que su decisión no menospreciaba el necesario respeto por la fe cristiana (así como por todas las demás creencias religiosas o la ausencia de ella), ya que no era razonable suponer que una sátira humorística tuviera el poder de socavar los valores de una fe que se remontaba a más de dos mil años atrás y formaba parte de la creencia de la mayoría de los ciudadanos brasileños.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *RCL38782*, sentencia del 9-1-2020, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL38782.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434478&ori=1>.



Derecho a la libertad de expresión. Libertad de prensa. Libertad de información. Derecho al olvido. Medios de comunicación. Derecho a la verdad histórica y a la memoria colectiva. (Brasil).

Antecedentes del caso: en 1958, en Río de Janeiro, hubo un crimen de gran repercusión. La víctima, Aída Curi, fue arrojada desde un edificio en la zona de Copacabana luego de un intento de violación. En 2004, el programa Linha Direta, de TV Globo, realizó una reconstrucción del caso. Familiares de la víctima presentaron una demanda para pedir una reparación pecuniaria por los daños morales y materiales causados por el programa de televisión. El Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro rechazó el reclamo.

Los familiares presentaron un recurso extraordinario ante el Tribunal Supremo Federal. Argumentaron que la reconstrucción de los sucesos había sido realizada sin su autorización e invocaron el reconocimiento del derecho al olvido de la tragedia familiar que habían vivido. Ese derecho consistiría en impedir la divulgación de hechos o datos verídicos en los medios de comunicación luego de que haya transcurrido un tiempo considerable. Además, sustentaron su pretensión en la garantía constitucional de la dignidad de la persona humana, en la inviolabilidad de la personalidad y en los derechos a la imagen, al honor, a la vida privada y a la intimidad. Alegaron que todos esos derechos habían sido vulnerados por el ejercicio ilícito y abusivo de la libertad de expresión y de prensa de los responsables del programa televisivo.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría de siete votos contra tres, desestimó el recurso extraordinario. Declaró que el derecho al olvido era inconstitucional y que los posibles excesos o abusos en el ejercicio de la libertad de expresión y de prensa debían ser analizados caso por caso, con base en los parámetros constitucionales y en la legislación penal y civil.

El ministro Dias Toffoli, relator del Recurso Extraordinario 1010606, votó por rechazar el pedido. Señaló que la idea del derecho al olvido, es decir, evitar, tras el paso del tiempo, la divulgación de hechos o datos verídicos, era incompatible con la Constitución Federal de 1988.

El ministro sostuvo que la veracidad de la información y la licitud con que fue obtenida eran elementos relevantes a la hora de analizar la legalidad de su uso. Agregó que una decisión que estableciera el tiempo como una restricción a la divulgación de información veraz, obtenida de manera lícita y tratada

adecuadamente, no podía ser solo el resultado de una consideración judicial, sino que debía estar previsto por la ley.

En relación con esto, observó que admitir el derecho al olvido sería restringir, de manera excesiva y perentoria, la libertad de expresión y manifestación del pensamiento de los autores y el derecho de todo ciudadano a mantenerse informado sobre hechos relevantes de la historia social. Esta posibilidad, según el ministro, significaría otorgar, de forma absoluta y abstracta, mayor valor a los derechos a la imagen ya la vida privada que a la libertad de expresión. Dias Toffoli señaló que la libertad de expresión era un derecho humano universal y una condición para el pleno ejercicio de la ciudadanía y la autonomía individual.

En este sentido, indicó que el art. 220 de la Constitución Federal protegía la libertad de información periodística frente a cualquier traba legal y explicó que los límites al ejercicio de esa libertad se circunscribían a los casos previstos en la propia carta magna. En consecuencia, por regla general, no se permitían restricciones previas al ejercicio de la libertad de información.

El ministro recordó que el Tribunal Supremo Federal había construido una jurisprudencia consistente en defensa de la libertad de expresión, que debía ejercerse en armonía con otros derechos y valores constitucionales para no alimentar el odio, la intolerancia y la desinformación. En cuanto al caso específico, el relator entendió que, si bien constituía una tragedia familiar, los hechos descriptos eran ciertos y formaban parte de casos notorios de violencia en la sociedad brasileña y la información había sido obtenida legalmente. Por eso, Dias Toffoli afirmó que el transcurso del tiempo, por sí solo, no implicaba que la divulgación de los sucesos fuera ilícita o abusiva y que existía el peligro de restringir irrazonablemente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de información y de prensa de los responsables del programa televisivo.

Además, entendió que no se había violado el derecho a la personalidad, ya que no había habido una revelación deshonrosa de la imagen o el nombre de la víctima o su familia. Destacó que los hechos narrados en el programa eran ciertos y que las imágenes reales utilizadas habían sido obtenidas de manera legítima. Advirtió que, si bien todos los delitos eran importantes para la sociedad, algunos de ellos, por su brutalidad, se volvían objeto de documentación social y periodística. Por otro lado, consideró que el programa televisivo también cumplía el rol periodístico de promover importantes cuestionamientos legales y sociales, por ejemplo, en cuanto a que los debates sobre la violencia contra la mujer habían impulsado la sanción de normas más estrictas para castigar judicialmente estos delitos.

Dias Toffoli también citó la sentencia de la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4815, en la que el Tribunal Supremo Federal desestimó el requisito de que las personas involucradas autorizaran la publicación de obras biográficas. El ministro observó que, si bien el recurso no se refería propiamente a una biografía audiovisual, sino a un programa periodístico que combinaba la documentación de época con la presentación de la historia de la víctima, se podía aplicar la misma base.

El ministro Alexandre de Moraes acompañó al relator y votó por la desestimación total del recurso extraordinario. Opinó que el reconocimiento genérico, abstracto y

amplio del derecho al olvido constituía una forma de censura previa. Destacó que la Constitución no permitía limitar preventivamente ciertos contenidos y señaló que, por sensibles que fueran, los hechos no podían borrarse de las crónicas periodísticas, policiales y judiciales. En relación con el caso específico, entendió que, a pesar de la gravedad de los acontecimientos y el paso del tiempo, el programa había narrado sucesos reales y concretos que habían ocurrido en el pasado de manera lícita, objetiva, respetuosa y sin tergiversaciones.

La ministra Cármen Lúcia también acompañó la posición del relator. Manifestó que el ordenamiento jurídico brasileño no admitía el olvido como un derecho fundamental que limitara la libertad de expresión y, por lo tanto, coartara otros derechos a la memoria colectiva. Además, hizo referencia al derecho a la verdad histórica y consideró que no era posible, desde el punto de vista jurídico, que una generación negara a la siguiente el derecho a conocer su historia. Se preguntó, en este sentido, cómo la ciudadanía accedería a información sobre la esclavitud y la violencia contra las mujeres, contra los indios y contra los homosexuales, por ejemplo, si no fuera por el relato y la divulgación de casos concretos que probaban la existencia de agresiones, torturas y femicidios.

El ministro Ricardo Lewandowski, por su parte, acompañó el voto de la mayoría. Afirmó que la libertad de expresión era un derecho de capital importancia, vinculado con el ejercicio de los valores democráticos. Consideró que el derecho al olvido solo podía analizarse caso por caso para sopesar cuál de los dos derechos fundamentales (la libertad de expresión o el derecho a la personalidad) debía prevalecer. Expresó que la humanidad, aunque quisiera reprimir el pasado, estaba obligada a recuperarlo y revivirlo.

El ministro Marco Aurélio también respaldó al relator. Se refirió al art. 220 de la Constitución Federal, que garantiza la libre expresión del pensamiento, la creación, la expresión y la información, y su relevancia en la protección de los derechos. En cuanto a los medios de comunicación, destacó que tenían el deber de relatar los sucesos ocurridos. Por tal motivo, concluyó que los responsables del programa televisivo no habían sido culpables de ningún acto ilícito.

El ministro Luiz Fuxa acompañó el voto de la mayoría. Reconoció que el derecho al olvido se podía aplicar en ciertos contextos, ya que representaba una consecuencia lógica del principio de la dignidad de la persona humana. Sin embargo, consideró que, en este caso, los hechos eran públicos y notorios y habían sido retratados no solo en el programa de televisión cuestionado, sino también en libros, revistas y periódicos. Por eso, indicó que correspondía desestimar el recurso.

También la ministra Rosa Weber acompañó la posición del relator. Señaló que la libertad de expresión debía ser plena y que no podía sufrir ninguna restricción arbitraria. Aseguró que, en el Estado democrático de derecho, la libertad de expresión era la norma y que, bajo pena de censura previa, su limitación solo era posible en situaciones excepcionales y en los términos de la ley, de acuerdo con los parámetros constitucionales. Opinó que la exacerbación del derecho al olvido implicaba un riesgo porque podía contribuir, en el largo plazo, a mantener al país culturalmente pobre, a la sociedad moralmente inmadura y a la nación económicamente subdesarrollada.

Por otro lado, el ministro Nunes Marques votó, con la minoría, a favor de la desestimación parcial del recurso. Coincidió con el relator en cuanto a que, en Brasil, todavía no existía el derecho al olvido como categoría jurídica, individualizada y autónoma, y que le correspondía al Poder Legislativo regular la gran cantidad de sutilezas vinculadas con este derecho. Sin embargo, no estuvo de acuerdo con rechazar en forma total el recurso y reconoció el derecho a una reparación por daño moral a los familiares, que debería ser fijada por el tribunal de origen.

También el ministro Edson Fachin votó por la desestimación parcial del recurso, ya que reconoció la existencia del derecho al olvido en el ordenamiento constitucional brasileño. Sin embargo, entendió, en relación con el caso específico, que el reclamo de los familiares de la víctima no podía anular la libertad de expresión y el derecho a la información. Explicó que el derecho al olvido era el resultado de una lectura sistemática del conjunto de libertades y derechos fundamentales, pero que la información que se había expuesto en el programa de televisión excedía el ámbito individual y formaba parte de un acervo público que también involucraba a periódicos y revistas. Señaló que el caso presentaba una dimensión histórica y conectaba el pasado y el futuro de los crímenes contra las mujeres. Consideró que no había habido excesos en el informe periodístico del programa ni una violación del derecho a la personalidad de los recurrentes, y que el tratamiento de la información se había mantenido en el campo adecuado de la discusión pública de los sucesos.

Por último, el ministro Gilmar Mendes votó a favor de la desestimación parcial del recurso. Con base en los derechos a la intimidad y la vida privada, entendió que la exposición humillante o vejatoria de datos, imágenes y nombres de personas podía requerir una indemnización, a pesar de que hubiera un interés público, histórico y social, y que le correspondía al tribunal de origen considerar la solicitud de reparación. El ministro concluyó que, frente a un conflicto entre normas constitucionales de la misma jerarquía, como en el caso, era necesario examinar cuál debía prevalecer de acuerdo con el derecho de respuesta e indemnización, sin perjuicio de emplear otros instrumentos que pudieran ser aprobados por el Legislativo.

En el caso no participó el ministro Luís Roberto Barroso, que se excusó porque, mientras ejercía la profesión, había representado al imputado en otro juicio.

La tesis de repercusión general establecida por la mayoría del tribunal fue la siguiente: “es incompatible con la Constitución Federal la idea de un derecho al olvido, entendido como la facultad de impedir, en razón del transcurso del tiempo, la divulgación de hechos o datos verídicos y lícitamente obtenidos y publicados en medios de comunicación social (analógicos o digitales). Los excesos o abusos en el ejercicio de la libertad de expresión y de información deben ser analizados caso por caso, a partir de los parámetros constitucionales —especialmente los relativos a la protección del honor, la imagen, la vida privada y la personalidad en general— y las disposiciones legales expresas y específicas en los ámbitos penal y civil”.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *RE1010606*, sentencia del 11-2-2021, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1010606VOTOMDT.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>;

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460320&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459955&ori=1>.



Derecho a la libertad individual. Detención arbitraria. Garantías judiciales. Prisión preventiva. Disposiciones en el contexto de la epidemia de COVID-19. (Francia).

Antecedentes del caso: en noviembre de 2020, el Tribunal de Casación remitió al Consejo Constitucional dos cuestiones prioritarias de constitucionalidad relativas al art. 16 de la Ordenanza n.º 2020-303, expedida el 25 de marzo de 2020, que, en el contexto de la epidemia de COVID-19, disponía la adaptación de ciertas normas de procedimiento penal sobre la base de la Ley n.º 2020-290 del 23 de marzo de 2020.

Las disposiciones preveían la prolongación de la detención preventiva durante y después de la instrucción, de pleno derecho y por tiempo variable en función de la pena impuesta. Debían ser aplicadas a la prisión preventiva en curso o que hubiera tenido inicio entre el 26 de marzo de 2020 y el fin del estado de emergencia sanitaria. Sin embargo, con la Ley del 11 de mayo de 2020 que dispuso la prórroga del estado de emergencia sanitaria, se agregó a la ordenanza del 25 de marzo de 2020 el art. 16-1 que ponía fin a la aplicación de estas disposiciones para las detenciones preventivas cuyo plazo expiraba a partir del 11 de mayo de 2020. Por lo tanto, las disposiciones impugnadas solo se aplicaron a las detenciones preventivas que expiraban entre el 26 de marzo y el 11 de mayo de 2020. El art. 16-1 preveía, además, que las detenciones prolongadas por un período de seis meses debían ser confirmadas por decisión de un juez en un plazo de tres meses a partir de la orden de prórroga.

Los demandantes alegaron que las disposiciones infringieron, en particular, el art. 66 de la Constitución —la prescripción de que nadie podrá ser detenido arbitrariamente y que la autoridad judicial, como garante de la libertad individual, debe asegurar el respeto de este principio—, por posibilitar la prórroga de todas las detenciones preventivas que expiraban durante el período de emergencia sanitaria sin intervención sistemática de un juez en un plazo breve, cuando la medida no resulta ni necesaria ni proporcionada al objetivo perseguido de protección de la salud pública.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas por no ajustarse a lo preceptuado por el art. 66 de la Constitución.

El Consejo Constitucional sostuvo que la libertad individual, cuya protección está confiada a la autoridad judicial, no puede verse obstaculizada por un rigor innecesario. Las restricciones al ejercicio de la libertad individual deben resultar adecuadas, necesarias y proporcionadas a los objetivos perseguidos. Solo puede considerarse protegida si el juez interviene lo antes posible.

El Consejo Constitucional constató que las disposiciones impugnadas tenían por objeto evitar que las dificultades de funcionamiento de la Justicia provocadas por las medidas de urgencia sanitaria dieran lugar a la liberación de detenidos antes de que concluyera la instrucción o de que se celebrara la audiencia. En este sentido, eran acordes al objetivo constitucional de salvaguardar el orden público y perseguir a las personas responsables de la comisión de delitos.

No obstante, el Consejo Constitucional señaló, por una parte, que las disposiciones mantenían automáticamente la detención de todas las personas cuya prisión preventiva debía finalizar ya por haber alcanzado su duración máxima, o porque su eventual prórroga requería una nueva decisión. Además, que las detenciones se prolongaron durante dos o tres meses en los casos correccionales y durante seis meses en los casos penales.

Sostuvo que, si bien las disposiciones impugnadas reservaban la posibilidad de que durante la prórroga de la detención el tribunal competente ordenara en cualquier momento la puesta en libertad, de oficio o a petición del fiscal o del interesado, no preveían ninguna intervención sistemática del juez durante el período en cuestión. En cuanto al art. 16-1 de la ordenanza de 23 de marzo de 2020, establece que, en el plazo de tres meses desde la prórroga, solo podrán someterse al juez las detenciones preventivas que hayan sido prorrogadas por un período de seis meses.

Por lo tanto, el Consejo Constitucional concluyó que las disposiciones impugnadas mantenían de pleno derecho la prisión preventiva sin que la evaluación de la necesidad de la detención estuviera obligatoriamente sujeta a la revisión de un juez en un plazo breve.

El Consejo Constitucional consideró que el objetivo perseguido por las disposiciones impugnadas no justificaba eliminar la revisión judicial sobre la necesidad de continuar la detención. Precisó, además, que la intervención del juez, en su caso, hubiera podido ser objeto de enmiendas procesales.

Por todos estos motivos, concluyó que las disposiciones impugnadas no se ajustan a lo dispuesto en el art. 66 y son, en consecuencia, contrarias a la Constitución.

Dado que las disposiciones ya no eran aplicables, el Consejo Constitucional consideró que no había motivos para aplazar la entrada en vigor de la declaración de inconstitucionalidad. En cuanto a los efectos producidos por su aplicación, el Consejo Constitucional consideró que el cuestionamiento de las medidas adoptadas sobre la base de estas disposiciones desconoce los objetivos de valor constitucional de salvaguardia del orden público y de búsqueda de los responsables de la comisión de delitos, y, por lo tanto, tendría consecuencias manifiestamente excesivas. En consecuencia, las medidas adoptadas no pueden impugnarse sobre la base de la inconstitucionalidad de las disposiciones.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA. Decisión n.º 2020-878/879, QPC, sentencia del 21-1-2021, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020878_879QPC.htm



Derecho a la libertad religiosa. Tutela jurídica. Indemnización por daños. Responsabilidad de los funcionarios públicos federales de responder pecuniariamente por los daños y perjuicios ocasionados de acuerdo con su capacidad individual.(Estados Unidos).

Antecedentes del caso: la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (RFRA, por sus siglas en inglés) fue sancionada tras el fallo del caso *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith* 494 U.S. 872,— 1990—. El objetivo de la norma era reparar las violaciones del gobierno federal al derecho al libre ejercicio de la religión, protegido por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

Los accionantes, practicantes de la religión musulmana, interpusieron sus demandas y se fundaron en la RFRA. Argumentaron que funcionarios federales habían incluido sus nombres en una lista de personas que tenían prohibido tomar vuelos por haberse negado a actuar como informantes en contra de sus propias comunidades religiosas. Los peticionantes solicitaron el dictado de medidas contra los agentes del Gobierno en relación con sus capacidades oficiales y una indemnización pecuniaria de acuerdo con su capacidad de responder individualmente.

El tribunal de primera instancia consideró que la RFRA no autorizaba a los peticionantes a obtener una reparación pecuniaria por el daño sufrido y, en consecuencia, desestimó sus pretensiones relativas a la capacidad individual de responder de los agentes.

La Cámara Federal de Apelación del Segundo Circuito revocó la decisión y sostuvo que la RFRA incluía indemnizaciones monetarias por los daños producidos por funcionarios del Gobierno.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos confirmó la sentencia del a quo. Consideró que la disposición de la RFRA que establecía el remedio legal autorizaba a los peticionantes, cuando fuera pertinente, a obtener una reparación monetaria de los funcionarios federales —de acuerdo con sus capacidades individuales— por los daños ocasionados.

1. El texto de la RFRA estipula que las personas pueden interponer una demanda contra un “gobierno y obtener una reparación justa”(ver art. 2000bb-1.c del Título 42 del Código de los Estados Unidos), incluido un “funcionario (u otra persona que actúe bajo aparente mandato de la ley) de los Estados Unidos”(ver art. 2000bb-2.1). La RFRA reemplaza el significado corriente de “gobierno” por una definición expresa diferente que incluye el término “funcionario (s)”.

Luego, el texto de la ley subraya que los “funcionarios” son “personas”. Conforme la definición de la RFRA, la reparación que puede ser ejecutada contra un “funcionario (...) de los Estados Unidos” constituye una ejecución “contra un gobierno”. Esta lectura se confirma por la utilización de la frase “persona que actúe bajo aparente mandato de la ley”, la que ha sido interpretada por la Corte Suprema durante mucho tiempo en el contexto del art.1983, del Título 42 del Código de

los Estados Unidos con el objeto de admitir las demandas contra los funcionarios de acuerdo con su capacidad de responder individualmente (ver p. ej., *Memphis Community School Dist. v. Stachura*, 477 U.S. 299, p. 305/306, —1986—).

2.El término de la RFRA “reparación justa” es *prima facie* “indefinido”; por lo tanto, para que una reparación sea “justa”, debe “inherentemente depender del contexto” (ver *Sossamon v. Texas*, 563 U.S. 277, p. 286—2011—). En el marco de las demandas entabladas en contra de los funcionarios del Gobierno, los daños y perjuicios han sido concedidos durante largo tiempo como una reparación justa, y aunque hoy en día se encuentran más limitados, continúan siendo una forma de reparación justa. La evidencia de los daños según el art. 1983 es particularmente clara en este caso. Cuando el Congreso sancionó la RFRA por primera vez, la definición de “gobierno” incluía a los funcionarios estatales y locales. A fin de restablecerlas garantías sustantivas de la Primera Enmienda previas al precedente *Smith* y el derecho a reivindicar esas protecciones mediante una acción judicial (ver art. §2000bb.b), la ley debe incluir al menos las mismas formas de reparación autorizadas por el art. 1983. Debido a que las reclamaciones por daños siempre han sido admisibles, conforme el art. 1983, en los casos de claras violaciones establecidas en la Primera Enmienda, la RFRA proporciona, como una vía de reparación, el derecho a reclamar la reparación de los daños y perjuicios a los empleados del gobierno. Los criterios del precedente *Sossamon* (563 U.S. 277) son inaplicables debido a que—en este caso—no involucra la inmunidad soberana.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Tanzinet al. v. Tanviret al.*, sentencia del 10-12-2020, en https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-71_qol1.pdf



Derecho a la salud. Derecho a la identidad sexual y de género. Proceso de reafirmación sexual y de género. Derecho de una mujer transgénero para acceder a los servicios de salud. (Colombia).

Antecedentes del caso: Virginia es una mujer transgénero, afiliada a Capital Salud EPS (entidad prestadora de servicios de salud) en el régimen subsidiado, y recibe atención médica en la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José. En julio de 2019, la Junta Multidisciplinaria Disforia de Género de ese hospital dictaminó que la paciente se identificaba como mujer desde la infancia, había tenido episodios depresivos por la disconformidad con su cuerpo masculino, estuvo encerrada en su casa durante cuatro años y había intentado suicidarse en 2014. En su pronunciamiento, consideró aspectos desde distintas especialidades —psiquiatría, cirugía plástica y endocrinología— y concluyó que correspondía autorizar la reasignación de sexo. Un especialista en cirugía plástica del hospital prescribió, con

carácter urgente, la cirugía, su seguimiento y estudios de laboratorio dentro del proceso de reafirmación sexual y de género.

La EPS no autorizó la prestación de los servicios médicos ordenados. Por eso, Virginia interpuso una acción de tutela y solicitó la protección de sus derechos a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social.

En primera instancia, el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá concedió el amparo constitucional y ordenó a Capital Salud que, en el término de 48 horas, autorizara y asignara de manera prioritaria los servicios ordenados por el cirujano plástico. Además, concedió el amparo a la atención integral y extendió la protección a los procedimientos, tratamientos, citas, exámenes, terapias, medicamentos, insumos y demás que requiriera la usuaria. El juez recordó jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud, el principio de continuidad, la prestación de servicios no incluidos en el antiguo plan obligatorio de salud (POS) y el derecho a la salud de las personas transgénero y concluyó que no existía una razón que justificara la demora en la prestación de los servicios, porque el tratamiento había sido progresivo y recurrente y la demora podía perjudicar la salud de la accionante. Al respecto, citó la sentencia T-345/2013: “Lo que no resulta admisible es que una entidad dilate o niegue la prestación de un servicio de salud sin fundamento científico o médico alguno”. Con relación al tratamiento integral, el juez citó la sentencia T-771/2013, que había ordenado: “...autorizar la realización de la reafirmación sexual quirúrgica (cirugía de cambio de sexo) a la peticionaria, así como continuar facilitándose los demás procedimientos médicos necesarios para atender integralmente lo que se le prescriba al actor”, y señaló que el amparo incluía, en este caso, todos los servicios que necesitara la demandante para tratar su patología.

La demandada recurrió la decisión. Afirmó que los procesos de feminización son estéticos y que no había autorizado el procedimiento porque no tenía ningún fundamento técnico.

En segunda instancia, el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá revocó el fallo de primera instancia. Consideró que la cirugía requerida era de tipo estético y que la salud física o mental de la paciente no estaban comprometidas.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia de segunda instancia y confirmó la de primera instancia. Resolvió que la EPS Capital Salud debía autorizar los procedimientos de salud y de laboratorio ordenados por el médico de la accionante.

1. La Corte Constitucional observó que el proceso de reafirmación sexual quirúrgica podía variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, de acuerdo con la prescripción médica en el caso concreto. De esta manera, no existe un paquete único y estandarizado para el proceso de afirmación de la identidad sexual y de género de las personas transgénero, sino que, en cada caso, los médicos especializados son los responsables de seleccionar el plan de manejo.

En este sentido, el juez de segunda instancia no debió señalar que los procedimientos ordenados eran de naturaleza estética, lo que es falso ya que fueron

prescritos en el marco de un proceso integral de reafirmación de identidad sexual y de género. Por lo tanto, el juez omitió dos circunstancias: el contexto singular en el cual fueron ordenados los procedimientos —el proceso de reafirmación sexual— y que el médico tratante es quien tiene el conocimiento especializado para establecer el procedimiento apropiado.

En este contexto en particular, los procedimientos no pueden considerarse cirugías estéticas, ya que su naturaleza es distinta y deben denominarse cirugías de afirmación de la identidad sexual y de género.

2. Por otra parte, la Corte Constitucional señaló que el juez de segunda instancia había sostenido que la salud física y mental de la accionante no estaban comprometidas, porque llevaba dos años de tratamiento de feminización y no estaba acreditada la conexión entre su intento de suicidio de 2014 y la “inminente necesidad de embellecimiento”.

La Corte Constitucional afirmó que la conclusión del juez de segunda instancia no resultaba conforme con la jurisprudencia en vigor, al menos por tres razones. En primer lugar, la Corte Constitucional ya había amparado el derecho a la salud de las personas transgénero en diversos precedentes sobre la base del principio de integralidad, que incluye lo que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impidan llevar adelante su vida en mejores condiciones. El médico es quien decide lo que es necesario para el restablecimiento de la salud del paciente, pues cuenta con el conocimiento y la experticia para ordenar los procedimientos adecuados para que la persona alcance el máximo bienestar físico y mental.

En segundo lugar, el contenido del derecho a la salud también incluye el derecho de toda persona a la continuidad en la atención médica, que, una vez que haya sido iniciada, no podrá ser interrumpida de forma súbita, antes de su recuperación o estabilización. En este sentido, el mismo juez de segunda instancia señaló que la accionante llevaba dos años en tratamiento, pero fue interrumpido, pese a la existencia de órdenes médicas para la realización de procedimientos quirúrgicos dentro un tratamiento que no había finalizado, pues la fase hormonal no necesariamente agotaba el proceso.

En tercer lugar, el juez de segunda instancia olvidó el contexto en el marco del cual fueron ordenados los procedimientos a la accionante cuando afirmó que no encontraba relación entre el derecho a la salud y “la inminente necesidad de embellecimiento”. En efecto, el juez desconoció que los procedimientos fueron ordenados en el marco de un proceso de afirmación de identidad sexual y de género. Además, aseguró que la accionante “peticiona cirugía plástica de naturaleza estética para su feminización, lo cual no lleva como consecuencia la reafirmación sexual del género. Caso disímil fuere si su reafirmación quirúrgica fuese manifestada a través de la mamoplastia y/o reasignación de sexo, situaciones, que como ya se reseñaron, han sido protegidas por la Corte Constitucional”. Cuando el juez hizo referencia a la “reafirmación sexual de género” y a que la mamoplastia y la reasignación de sexo sí formarían parte de ella, restringió el alcance de la identidad de género e identidad sexual a estos dos procedimientos. Por el contrario, la jurisprudencia sostiene que el

proceso de reafirmación sexual quirúrgica podía variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, de acuerdo con la prescripción médica en el caso concreto.

3. Por otra parte, la entidad accionada afirmó que era necesario que la paciente fuera atendida por una junta médica interdisciplinaria de la red contratada por Capital Salud EPS, para que determinara el manejo de su patología.

La Corte Constitucional aclaró que, si bien Virginia había requerido como particular la valoración de la junta multidisciplinaria del Hospital San José, los procedimientos de salud y de laboratorio no habían sido prescritos en esa oportunidad, sino un tiempo después, cuando fue atendida por su médico tratante, adscrito a la institución prestadora de salud (IPS) con la que Capital Salud tenía contrato para la atención de sus afiliados. En efecto, en las ordenes médicas en las que se prescribieron los servicios solicitados, podía constatarse que la accionante había sido atendida en calidad de afiliada a la EPS denunciada.

En cuanto a la cobertura de los procedimientos de salud y de laboratorio ordenados por el médico tratante, la Corte Constitucional destacó que la Secretaría de Salud de Bogotá había informado que todos los procedimientos solicitados se encontraban dentro del plan de beneficios definido en la Resolución 5857/2018, dado que dos de ellos eran susceptibles de homologación.

En este sentido, la Corte Constitucional advirtió que, si bien la Resolución 5857/2018 había sido derogada por la Resolución 3512/2019, en este caso los procedimientos habían sido ordenados por el médico tratante en julio de 2018, es decir, durante la vigencia de la Resolución 5857/2018. De este modo, si los procedimientos estaban incluidos en el plan de beneficios, ya estaban financiados por la unidad de pago por capitalización y la EPS contaba con el dinero para realizarlos. Por lo tanto, deben analizarse las órdenes médicas, respecto del plan de beneficios vigente, en el momento en el que fueron prescritas, pues los procedimientos ya estaban financiados y la EPS estaba obligada a suministrarlos.

La Corte Constitucional concluyó que la EPS Capital Salud había vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la identidad sexual y de género de Virginia. Además, determinó que la única entidad a la que le correspondía gestionar y suministrar los servicios de salud prescritos a la accionante era la EPS Capital Salud.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Séptima de Revisión, acción de tutela interpuesta por Virginia contra Capital Salud EPS-S, sentencia T-421/20, del 28-9-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-421-20.htm>.



Derecho a la salud. Elementos: disponibilidad, accesibilidad y calidad. Salud mental. Derecho a obtener un diagnóstico médico. Derecho a la rehabilitación de las personas en situación de discapacidad. Carencia actual de objeto por hecho superado. Derecho a la vida en condiciones dignas. Derecho a la integridad personal. (Colombia).

Antecedentes del caso: Jhon Geiler Moreno Valero, nacido en 2000, integra el programa de atención a ciudadanos en situación de calle del Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud (IDIPRON) y está afiliado a Capital Salud (una EPS, entidad prestadora de salud). En 2018 fue herido con un arma de fuego y se lesionó la columna vertebral. En 2019, su médico solicitó el suministro de diversos elementos: una silla de ruedas de determinadas características, órtesis de rodilla, tobillo y pie con rodillas articuladas y una crema para tratar una úlcera. También pidió pañales, dado que el ataque le afectó los esfínteres. El médico afirmó que Moreno Valero padecía depresión y tenía trastornos mentales y del comportamiento provocados por el uso de múltiples drogas. El paciente no tiene familia porque toda su vida estuvo institucionalizado. Si bien Capital Salud le garantizó las intervenciones quirúrgicas para atender la lesión, no le entregó los insumos requeridos.

Por ello, Francisco Javier Rincón Riaño, como agente oficioso de Moreno Valero, interpuso una acción de tutela contra la EPS. Solicitó que se ampararan los derechos fundamentales a la salud, a una vida digna y a la integridad personal de Moreno Valero. Según el accionante, Capital Salud vulneró las garantías invocadas por no suministrar los insumos necesarios. Pidió al juez de tutela que ordenara a la EPS entregar los insumos y disponer un tratamiento integral que cubriera todos los requerimientos presentes o futuros.

En primera instancia, el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá concedió parcialmente el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de Moreno Valero. Consideró que, a partir de los principios *pro homine* e integralidad del derecho a la salud, las exclusiones del plan de salud serían inaplicables, siempre que se demostrara la necesidad de los respectivos insumos para asegurar los derechos fundamentales del paciente. Juzgó acreditada la necesidad de contar con la silla de ruedas, la órtesis, el caminador y el medicamento para tratar la úlcera, y concluyó que, al no autorizar y entregar lo pedido por el paciente, la EPS había desconocido tres elementos del derecho a la salud: la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad. Por otra parte, el juzgado de primera instancia denegó la solicitud de pañales desechables, dado que no estaba acreditado en el expediente que Moreno Valero sufriera de incontinencia urinaria. La sentencia fue apelada por la EPS.

En segunda instancia, el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento confirmó el fallo. En cuanto al tratamiento integral, advirtió que no se había emitido ningún pronunciamiento al respecto y, por lo tanto, no correspondía revocar o modificar la decisión.

El Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento remitió el caso a la Corte Constitucional, y la Sala Tres de Selección de Tutelas escogió el caso para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia declaró la carencia actual de objeto por hecho superado respecto de la pretensión de autorización y suministro de los pañales desechables de Moreno Valero. Confirmó los fallos de ambas instancias y, además, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del accionante. También ordenó a la EPS: autorizar y entregar a Moreno Valero el medicamento colagenasa/Iruxol para el tratamiento de su úlcera; valorar integralmente su estado de salud, establecer el tratamiento pertinente para la rehabilitación adecuada de su discapacidad física y su salud mental junto con las órdenes médicas correspondientes y expedir las autorizaciones necesarias para el suministro de los servicios médicos. Esta decisión resulta acorde con los criterios establecidos en la Ley 1616/2013 para otorgar una atención adecuada a las personas en el ámbito de la salud mental. En ese sentido, la entidad deberá tener en cuenta la voluntad de Moreno Valero en el marco de sus afecciones de salud y su tratamiento psiquiátrico.

Además, la Corte Constitucional ordenó a la EPS garantizar el tratamiento integral de Moreno Valero respecto de su diagnóstico de trauma raquimedular, paraplejia y úlcera glútea trocántérica, para que le sean prestados los servicios dispuestos por el médico tratante y se continúe el suministro de los pañales desechables de forma oportuna y eficaz. Finalmente, dispuso que la Secretaría Distrital de Integración Social brinde acompañamiento al proceso de rehabilitación física y de atención en salud mental de Moreno Valero.

1. El accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Moreno Valero y, en consecuencia, que se ordenara la autorización y entrega de una silla de ruedas, junto con una crema para tratar sus úlceras en la piel y pañales descartables. Igualmente, pidió que se ordenara el tratamiento integral de todos los requerimientos presentes o futuros. El juez de primera instancia concedió el amparo de estos derechos y ordenó a la EPS la entrega de la silla de ruedas, la órtesis, el caminador y el medicamento para tratar la úlcera, pero no dispuso la entrega de los pañales porque estimó que no se había acreditado que fueran indispensables. Esta decisión fue confirmada por el juez de segunda instancia.

2. Al momento en que la Sala de Revisión de la Corte Constitucional debía pronunciarse, el asunto consistía en determinar si Moreno Valero tenía derecho a que su EPS le garantizara la entrega de todos los insumos solicitados. La EPS informó que la mayoría de los insumos requeridos ya habían sido entregados. Respecto del suministro de pañales, la Sala lo declaró un hecho superado. Sin embargo, no se acreditó la entrega del medicamento para tratar las úlceras del paciente, por lo que la Sala reiteró el pedido.

El tratamiento integral al que el accionante tiene derecho busca garantizar la continuidad de la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico. Su reconocimiento procede cuando

el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional, en el caso, una persona en situación de discapacidad física. Los pañales desechables están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y la información del expediente indica que el accionante sufre de incontinencia urinaria por efecto del trauma raquímedular, lo que demuestra la necesidad de garantizar este suministro.

Además, la información del expediente mostraba que los médicos se habían pronunciado sobre la necesidad de autorizar ciertas prestaciones de salud para atender su estado psicológico y las secuelas físicas de su lesión. No se advirtió que esas prestaciones hubieran sido autorizadas y hecho efectivas para garantizar su derecho a la salud. De ese modo, en ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* del juez constitucional, al valorar la información aportada por las partes, entidades oficiadas e intervinientes, la Sala estimó que el objeto del análisis era establecer si se había garantizado el derecho a la salud mental y a la rehabilitación de Moreno Valero.

3. Previo a decidir, la Sala abordó temas tales como el derecho a la salud, especialmente la rehabilitación de las personas con discapacidad, el derecho a la salud mental y el derecho al diagnóstico.

Las personas en situación de discapacidad tienen derecho a la rehabilitación integral como elemento del derecho a la salud. Este derecho se sustenta en el art. 13 de la Constitución que prevé, por un lado, el deber estatal de proteger especialmente a personas que están en circunstancias de debilidad manifiesta por sus condiciones económicas, físicas y mentales y, por otro lado, adoptar medidas a favor de grupos marginados. También se funda en el art. 47 de la Constitución, que dispone adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Asimismo, la rehabilitación también deriva de diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que reconocen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. Estas normas señalan la obligación de tomar medidas para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia y capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Esto incluye el deber de organizar, intensificar y ampliar servicios y programas de habilitación y rehabilitación en el ámbito de la salud. Igualmente, las leyes estatutarias 1751/2015 y 1618/2013 exigen la adopción de políticas para asegurar el acceso a actividades de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Luego de repasar la legislación nacional e internacional relativa al derecho a la salud mental, la Corte Constitucional de Colombia, a través de sus precedentes, reconoció que los tratamientos médicos para garantizar el derecho a la salud mental debían ser parte integrante del sistema de salud en seguridad social y que, por eso, las reglas jurisprudenciales que elaboró respecto al derecho a la salud en general eran aplicables a las peticiones de tutela de la salud mental, porque eran parte de un mismo derecho y de un mismo sistema de seguridad social.

Finalmente, el derecho al diagnóstico es la facultad que tiene todo paciente de exigir que se establezca la naturaleza de su dolencia. Por ello, el acceso a un diagnóstico efectivo constituye un componente del derecho fundamental a la salud que, a su vez, obliga a las autoridades encargadas de prestar este servicio a establecer una serie

de mecanismos para proporcionar una valoración técnica, científica y oportuna. El derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la prescripción. Esta última comprende la emisión de las órdenes médicas del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado para la mejora del estado de salud del paciente.

4. De acuerdo con el diagnóstico médico, Moreno Valero presenta un trauma raquimedular por herida con arma de fuego y paraplejia, lo que determina que es una persona en situación de discapacidad. De esta manera, tiene una deficiencia física que no es temporal y que, en virtud de las barreras existentes en el entorno, le impiden una participación plena en la sociedad.

Las personas en situación de discapacidad tienen derecho a acceder a los servicios de rehabilitación. Este derecho se sustenta en el que se le confiere a toda persona, y en particular a aquella en situación de discapacidad, para que goce del más alto nivel posible en su salud física y mental. El tratamiento y la rehabilitación intentan asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida y que puedan lograr y mantener la máxima independencia y capacidad física, mental, social y vocacional.

Por su parte, a las EPS les corresponde garantizar los servicios y tecnologías de salud que incluyen el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad. El accionante se encuentra afiliado al régimen subsidiado por medio de Capital Salud. En ese sentido, la entidad tiene la obligación de garantizar todas las prestaciones requeridas para diagnosticar y tratar su enfermedad. En particular, debe suministrarle los servicios y ayudas técnicas de alta y baja complejidad.

La Ley 1566/2012 consagra el derecho de toda persona que sufre trastornos mentales, o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas, a la atención integral. Moreno Valero fue diagnosticado en 2019 con trastornos mentales y del comportamiento provocados por el uso de drogas y otras sustancias, trastorno asocial de la personalidad y trastorno de personalidad emocionalmente inestable.

Además, la Ley 1616/2013 establece que la garantía de la atención integral de la salud mental incluye el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en salud para todos los trastornos mentales. Debe garantizarse, por un lado, que las personas reciban información clara, oportuna, veraz y completa de las circunstancias relacionadas con su estado de salud, diagnóstico, tratamiento y pronóstico, incluido el propósito, método, duración probable y beneficios que se esperan, así como sus riesgos y secuelas. Por otro lado, también debe asegurarse que obtengan la atención especializada e interdisciplinaria y los tratamientos acordes con los avances científicos en salud mental. Esta prestación está a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en particular, en instituciones prestadoras de salud, así como en los servicios para la atención integral del consumidor de sustancias psicoactivas. Igualmente, la Ley 1616/2013 dispone que los entes territoriales y las empresas administradoras de planes de beneficios deberán disponer de una red integral de prestación de servicios de salud mental pública y privada, como parte de la red de servicios generales de salud. De ese modo, le corresponde a Capital Salud

EPS poner a disposición de Moreno Valero su red de prestadores habilitados para los servicios de salud mental.

El derecho al diagnóstico se satisface con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, e implica determinar el tratamiento médico que asegure el derecho al más alto nivel posible de salud.

La Sala advirtió que Capital Salud EPS suministró determinadas atenciones en salud al accionante, en particular para atender su diagnóstico de trauma raquimedular ocasionado por la herida por arma de fuego. También se constataron los servicios de salud para tratar una úlcera crónica en sus glúteos. Posteriormente, Moreno Valero fue valorado por consulta externa y se dispuso e implementó una terapia física.

Por otro lado, la Sala destacó que, en una consulta por psiquiatría, el accionante manifestó su deseo de no iniciar un proceso de rehabilitación para sustancias psicoactivas. Esta decisión está amparada en la autonomía individual de la persona y su derecho a exigir que sea tenido en cuenta el consentimiento informado para recibir el tratamiento. No obstante, en respuesta a los diagnósticos asociados a la salud mental de Moreno Valero, los especialistas que hicieron las valoraciones médicas indicaron la administración de determinados medicamentos en ciertos períodos de tiempo, valoraciones adicionales de psiquiatría y psicología, incluso en forma conjunta, y psicoterapia por psiquiatría cada 15 días.

Estos diagnósticos no fueron acompañados con las prescripciones médicas necesarias para determinar los servicios que requería el paciente para el tratamiento de sus trastornos. La ausencia de las órdenes médicas que especifiquen los procedimientos adecuados para obtener una efectiva evaluación acerca del estado de salud del accionante viola su derecho al diagnóstico.

La Sala concluyó que la omisión en la determinación del tratamiento para atender los diagnósticos del accionante de paraplejía, trauma raquimedular y diversos trastornos mentales y de la personalidad comprometían la faceta diagnóstica de su rehabilitación integral y su salud mental. Por ello, concedió el amparo definitivo de los derechos fundamentales de Moreno Valero y, en consecuencia, ordenó a Capital Salud EPS que, por medio de los profesionales médicos adscritos a su red de servicios, valorara de forma integral las condiciones de salud del accionante, estableciera el tratamiento adecuado para su rehabilitación física y sus trastornos mentales y de comportamiento y expidiera las autorizaciones necesarias para el suministro de los servicios médicos requeridos para su rehabilitación integral y la atención de su salud mental.

La Sala también constató que Capital Salud EPS ya había cubierto la mayoría de los insumos y tecnologías solicitadas en la acción de tutela. No obstante, ordenó entregar el medicamento colagenasa/Iruxol sobre el cual no había habido pronunciamiento de Capital Salud EPS.

El tratamiento integral que se concedió a las personas con discapacidad como sujetos de especial protección constitucional busca garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante. Por eso, aunque se declaró el hecho superado

respecto del suministro de pañales desechables, se ordenó a la accionada garantizar el tratamiento integral en favor de Moreno Valero, respecto de su diagnóstico de trauma raquimedular, paraplejia y úlcera glútea trocantérica, con el fin de que le sean prestados los servicios que disponga el médico y se continúe el suministro de los pañales desechables de forma oportuna y eficaz.

5. Por último, la Secretaría Distrital de Integración Social (SDIS) tiene la función de prestar servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que, además de sus condiciones de pobreza, se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social. Ese organismo debe dirigir la ejecución de planes, programas y proyectos de establecimiento, prevención, protección y promoción de derechos de las personas, familias y comunidades, en especial aquellas de mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. Con fundamento en estas competencias, la Sala ordenó a esa entidad que brindara acompañamiento al proceso de rehabilitación física y de atención en salud mental de Moreno Valero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Sexta de Revisión, acción de tutela presentada por Francisco Javier Rincón Riaño como agente oficioso de Jhon Geiler Moreno Valero, contra Capital Salud E.P.S.-S, sentencia T-001/21, del 20-1-2021, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-001-21.htm>.



Derecho a la salud pública. Derecho a la vida. Inmunización comunitaria. Derecho colectivo. Vacunación obligatoria. Bien público colectivo. Derecho individual. Libertad individual. Derechos a la intangibilidad, la inviolabilidad y la integridad del cuerpo humano. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Partido Laborista Democrático reclamó, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 6586, que el Tribunal Supremo Federal de Brasil estableciera que era competencia de los estados y municipios determinar la vacunación obligatoria y otras medidas sanitarias para combatir la pandemia de COVID-19. Alegó que, de esta manera, las medidas adoptadas, que deberán estar respaldadas por evidencia científica, podrán brindar mayor protección al bien jurídico transindividual. A su vez, el Partido Laborista Brasileño presentó la ADI 6587 en un sentido contrario. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la norma que admitía la obligatoriedad (art. 3, inc. III, párrafo d, de la Ley 13979/2020) con el argumento de que no había pruebas de la eficacia y seguridad de las vacunas anunciadas hasta ahora.

El Recurso Extraordinario con Agravio (REA) 1267879 derivó de una acción civil pública interpuesta por el Ministerio Público de San Pablo contra los padres de

un niño de cinco años para obligarlos a regularizar su vacunación. Los progenitores, que se oponen a las intervenciones médicas invasivas, no habían cumplido con el calendario de vacunación establecido por las autoridades sanitarias. Sostuvieron que era atribución de los padres elegir la forma de criar a sus hijos y que se debía respetar su derecho a rechazar la inmunización por convicciones filosóficas, religiosas, morales y existenciales.

El pleno del Tribunal Supremo Federal decidió dictar una sentencia conjunta para los tres casos, relacionados con la posibilidad de que el Estado dispusiera la vacunación obligatoria contra ciertas enfermedades infecciosas.

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, resolvió que la vacunación obligatoria por la pandemia de COVID-19 era constitucional y que el Estado podía ordenar a los ciudadanos someterse a la inmunización. Aclaró que la atribución estatal era imponer, a los ciudadanos que se negaran a vacunarse, las medidas restrictivas previstas por la ley (multa, impedimento para asistir a determinados lugares o matricularse en la escuela, etc.), pero que no podía vacunar a la fuerza. Además, declaró que los diferentes estados, el Distrito Federal y los municipios también tenían autonomía para realizar campañas de vacunación a nivel regional o local.

1. El ministro Ricardo Lewandowski, relator de la ADI 6586, consideró legítima la vacunación obligatoria siempre que el Estado no adoptara medidas invasivas, angustiantes o coercitivas hacia el ciudadano. Aclaró que la vacunación obligatoria no significaba una vacunación forzada, ya que requería necesariamente el consentimiento del usuario, más allá de las medidas restrictivas que pudieran tomarse.

En su voto, Lewandowski destacó que la vacunación obligatoria, prevista en la Ley 13 979/2020, era válida mientras no existieran imposiciones sobre la integridad física y moral de la persona renuente, que vulnerarían los derechos a la intangibilidad, la inviolabilidad y la integridad del cuerpo humano. Según el ministro, cualquier determinación legal, reglamentaria o administrativa de implementar la vacunación sin el consentimiento expreso de las personas sería flagrantemente inconstitucional.

Explicó que la vacunación obligatoria no era lo mismo que una vacunación forzada, ya que siempre requería el consentimiento del usuario. Sin embargo, señaló que no existía ninguna prohibición sobre la adopción de medidas restrictivas indirectas, previstas en la legislación sanitaria, tales como el impedimento de ejercer ciertas actividades o la prohibición de asistir a determinados lugares para quienes decidieran no vacunarse.

Según Lewandowski, la Ley 13 979 no prevé, en ninguna de sus disposiciones, la vacunación forzada ni impone sanciones. En cambio, solo establece que los ciudadanos deben cumplir cualquier vacunación obligatoria que determine el Estado y que la desobediencia generará responsabilidad según los términos de la ley.

El ministro indicó que la naturaleza obligatoria de la inmunización no era, como mucha gente pensaba, la medida más restrictiva de derechos para combatir el nuevo coronavirus. Destacó que, por el contrario, podía ser menos restrictiva que otras medidas más drásticas, como el aislamiento social. Observó que ese

tipo de medidas alternativas tendían a limitar otros derechos individuales (como, por ejemplo, la libertad de transitar o de reunirse) y podían generar efectos negativos sobre las actividades públicas y privadas y, en consecuencia, perjudicar la situación económica.

Por otro lado, Lewandowski consideró que la decisión política de realizar una campaña de inmunización obligatoria debía basarse en evidencias científicas y análisis estratégicos pertinentes, junto con amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de las vacunas, a fin de respetar la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas. El ministro destacó la necesidad de observar los consensos científicos, de llevar a cabo una distribución universal y de evaluar los posibles efectos secundarios, especialmente los que implicaran riesgo de vida.

Además, Lewandowski señaló que la competencia del Ministerio de Salud para coordinar el Programa Nacional de Inmunizaciones y definir las vacunas que formaban parte del calendario nacional de inmunizaciones no impedía a los estados, el Distrito Federal y los municipios establecer medidas profilácticas y terapéuticas para atender la pandemia a nivel regional o local. Advirtió que la Constitución Federal, en su art. 23, les otorgaba la potestad de cuidar la salud y la asistencia pública, y también se lo exigía. Según el ministro, todas las medidas que se pudieran implementar, en cualquier nivel político-administrativo, para hacer obligatoria la vacunación debían derivar, directa o indirectamente, de la ley.

2. En su voto, el ministro Luís Roberto Barroso, relator del REA 1267879, destacó que, si bien la Constitución Federal garantizaba el derecho de todo ciudadano a mantener sus convicciones filosóficas, religiosas, morales y existenciales, los derechos de la sociedad prevalecían sobre los derechos individuales. Por eso, el Estado puede, en situaciones excepcionales, proteger a las personas incluso en contra de su voluntad, como, por ejemplo, mediante la obligación de utilizar el cinturón de seguridad para evitar accidentes de tránsito.

Barroso señaló que las elecciones individuales que violaban los derechos de terceros no eran legítimas. Recordó que la vacunación masiva era responsable de la erradicación de una serie de enfermedades, pero que, para lograrlo, era necesario vacunar a una parte importante de la población y alcanzar la inmunidad colectiva.

El ministro también advirtió que, para que la vacunación obligatoria fuera constitucional, deberían cumplirse ciertos requisitos, como que la vacuna haya sido formalmente registrada por un organismo de control sanitario e incluida en el Plan Nacional de Inmunizaciones y que su obligatoriedad haya sido establecida por ley o determinada por la autoridad competente.

3. El ministro Alexandre de Moraes destacó que la obligatoriedad de la vacunación, para garantizar la protección de la salud colectiva, implicaba una doble obligación: el Estado tenía el deber de proporcionar la vacuna y el individuo debía estar vacunado.

El ministro Edson Fachin, por su parte, señaló que ninguna autoridad o poder público podía dejar de adoptar medidas que permitieran inmunizar a toda la población

y garantizaran el derecho constitucional a la salud y a una vida digna. En este sentido, remarcó que la inmunidad colectiva constituía un bien público colectivo.

La ministra Rosa Weber sostuvo que cualquier restricción a las libertades individuales, derivada de la aplicación de medidas legales a quienes rechazaran la vacuna, significaba la imposición del conjunto constitucional de derechos, que podía requerir medidas efectivas para proteger la salud y la vida. Argumentó que, frente a una amenaza seria y real para toda la población, no había otra opción que asegurar el uso de los medios necesarios, adecuados y proporcionales para la preservación de la vida humana.

La ministra Cármen Lúcia acompañó la posición de los relatores y defendió la prevalencia del principio constitucional de solidaridad, ya que el derecho a la salud colectiva predominaba frente a los derechos individuales. Afirmó que la Constitución no garantizaba la libertad de las personas para ser soberanamente egoístas.

El ministro Gilmar Mendes observó que, si bien la negativa de un adulto a un determinado tratamiento terapéutico representaba el ejercicio de su libertad individual, aunque esto implicara su muerte, el mismo principio no se aplicaba a la vacunación, porque, en este caso, la prioridad era lograr la inmunización comunitaria.

En el mismo sentido se expresó el ministro Marco Aurélio, que consideró que, dado que estaba en juego la salud pública, un derecho de todos, la vacunación obligatoria era constitucional. Aseguró que el acto de vacunarse representaba un acto solidario con los demás conciudadanos.

En cuanto al presidente del tribunal, Luiz Fux, acompañó plenamente a los relatores. Destacó el compromiso y esfuerzo de los ministros para concluir con celeridad el juicio y transmitir seguridad jurídica a la sociedad en el marco de la pandemia. Fux observó que, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las dudas sobre la importancia de la vacunación representaban una de las diez mayores amenazas para la salud mundial.

El ministro Nunes Marques, el único que votó por la minoría, entendió que era posible que la Unión federal o los estados impusieran, en última instancia, la obligatoriedad de la vacuna contra el COVID-19. Sin embargo, remarcó que la inmunización obligatoria solo podía ser la última medida para combatir la propagación de la enfermedad y que previamente el Ministerio de Salud debía fijar su posición, además de realizarse una campaña de vacunación voluntaria y probarse la aplicación de medidas menos severas. Del mismo modo, el ministro consideró que la obligatoriedad solamente se podía implementar por medios indirectos, como la sanción de una multa u otras restricciones legales.

En cuanto a la negativa a vacunar a los niños, Nunes Marques afirmó que la libertad de creencias filosóficas y religiosas de los padres no podía imponerse a los hijos, ya que el poder de la familia no existía como un derecho ilimitado para decidir sobre el derecho de los niños, sino para protegerlos frente a los riesgos derivados de la vulnerabilidad propias de la niñez y la adolescencia.

4. La tesis de repercusión general consensuada por el Tribunal Supremo Federal en el REA1267879 fue la siguiente: “es constitucional que la inmunización

sea obligatoria mediante una vacuna que, registrada ante un organismo de control sanitario, haya sido incluida en el Plan Nacional de Inmunizaciones o cuya aplicación obligatoria haya sido aprobada por ley; es decir, que haya sido objeto de determinación por parte de la Unión, los estados, el Distrito Federal o los municipios con base en el consenso médico-científico. En tales casos, no se trata de una violación de la libertad de conciencia y convicción filosófica de los padres o tutores, ni del poder familiar”.

En relación con las dos acciones directas de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo Federal estableció las siguientes tesis generales:

a) La vacunación obligatoria no significa vacunación forzada, pues se admite la negativa del usuario. Sin embargo, puede ser implementada a través de medidas indirectas, que incluyen, entre otras, la restricción del ejercicio de ciertas actividades o de la asistencia a determinados lugares, siempre que estén previstas en la ley, o deriven de ella, y se basen en evidencias científicas relevantes y análisis estratégicos, sean acompañadas de amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de las vacunas, respeten la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas y cumplan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, las vacunas deben distribuirse universalmente y de forma gratuita.

b) Tales medidas, con las limitaciones expuestas, pueden ser implementadas tanto por la Unión como por los estados, el Distrito Federal y los municipios, de acuerdo con las respectivas esferas de competencia.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 6586*, sentencia del 17-12-2020, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457366&ori=1>



Derecho a la salud pública. Derecho a la vida. Plan Nacional de Inmunización. Derecho a la información. Principio de publicidad de los actos de la administración pública. (Brasil).

Antecedentes del caso: en octubre de 2020, el partido Rede Sustentabilidade presentó un pedido de tutela de urgencia, a través de una acción por incumplimiento de un precepto fundamental, ante el Tribunal Supremo Federal. Alegó que, dada la escasez de vacunas disponibles en Brasil, el Plan Nacional de Inmunización actualizado era demasiado general y que la falta de una gestión adecuada de la vacunación en diferentes fases, con un orden de preferencia dentro de cada grupo prioritario, podría generar diversas situaciones de injusticia. Además, argumentó que, sin criterios claros y un control social e institucional estricto del avance de la inmunización, era probable que se beneficiaran algunos privilegiados a los que no les correspondía recibir la vacuna y se perjudicara a la mayoría de los brasileños.

El accionante señaló que la primera versión del Plan Nacional de Inmunización había organizado a la población con prioridad en fases de vacunación, de acuerdo con el grado de riesgo de cada grupo específico. Sin embargo, advirtió que la actualización del plan no incluía indicaciones sencillas y precisas sobre las etapas de administración de la vacuna para cada grupo.

Por esas razones, solicitó que el Gobierno federal estableciera un orden de preferencia para la vacunación entre clases y subclases de grupos en riesgo, con criterios objetivos, y que se divulgaran los nombres de las personas inmunizadas, para que se pudiera identificar a los que no hubieran respetado las pautas. También requirió que el Ministerio de Salud concretara la compra, en un plazo breve, del segundo lote de vacunas CoronaVac, que incluía 54 millones de dosis nuevas.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, admitió parcialmente el pedido de tutela. Resolvió que el Gobierno federal debía divulgar con precisión el orden de preferencia en la vacunación contra el COVID-19. Todos los magistrados ratificaron la medida cautelar otorgada por el ministro Ricardo Lewandowski, relator de la Acción por Incumplimiento de un Precepto Fundamental 754, que había ordenado al Gobierno federal explicar, de forma clara y con base en criterios técnicos y científicos, el orden de preferencia para la vacunación entre los grupos prioritarios de la población. Además, el tribunal les exigió a las autoridades federales especificar, dentro de los respectivos grupos, el orden de precedencia de cada subgrupo en las diferentes etapas de la inmunización.

El relator Lewandowski, en su voto, señaló que faltaban parámetros claros que orientaran a los funcionarios públicos sobre el orden en que correspondía vacunar a los grupos prioritarios de la población.

A partir de información proporcionada por el Ministerio de Salud, Lewandowski indicó que, en la primera versión del Plan Nacional de Inmunización, la población de riesgo estaba organizada en etapas de vacunación, según el grado de riesgo de cada grupo específico. Consideró que, sin embargo, en la actualización del plan no existían criterios claros para la administración de la vacuna en fases, ya que no se habían establecido precisiones respecto del orden de preferencia de cada grupo, dentro de un universo muy amplio, de alrededor de 77 millones de personas.

En este sentido, Lewandowski aseguró que la falta de criterios claros probablemente producirá más acciones judiciales en diferentes estados del país y, en consecuencia, una acumulación de decisiones judiciales superpuestas y simultáneas, lo que derivará en inseguridad jurídica.

Además, el ministro afirmó que la omisión en cuanto a la categorización de la población era evidente y comprometía el deber constitucional de proteger la vida y la salud. Agregó que la falta de precisiones dificultaba la toma de decisiones por parte de los funcionarios públicos, sobre todo porque la cantidad de vacunas disponibles era muy inferior al número de personas incluidas en los grupos de riesgo.

Del mismo modo, Lewandowski señaló que, dado que la cuestión estaba vinculada con la salud de toda la población brasileña, el deber del Estado era, más que nunca, definir las acciones públicas de acuerdo con evidencias científicas,

técnicas y estratégicas y basarse, sobre todo, en los principios de prevención y de precaución. Por eso, aclaró que, si bien el principio de separación de poderes limitaba la intervención de los jueces en decisiones político-administrativas que le correspondían al Legislativo o al Ejecutivo, también era cierto que, en circunstancias excepcionales como las actuales, el Poder Judicial podía establecer que la administración pública adoptara medidas concretas para garantizar derechos constitucionales fundamentales, como la salud.

En relación con esto, aseguró que una de las principales medidas de las autoridades sanitarias, especialmente en un período de temor y escasez de vacunas, debería ser ofrecer la máxima publicidad posible a todas las acciones vinculadas con el combate contra el COVID-19. Recordó que tanto el derecho a la información como el principio de publicidad de los actos de la administración pública constituían verdaderos pilares de la participación ciudadana en el control de la administración del patrimonio común del pueblo, sea material o inmaterial, como la salud colectiva.

Lewandowski concluyó que la pretensión de que sean publicados los criterios de vacunación y el orden de preferencia dentro de cada clase y subclase se sustentaba, en concreto, en los principios de publicidad y eficiencia de los actos de la administración pública, en el derecho a la información, en la obligación de la Unión de planificar y promover la defensa permanente contra las calamidades públicas y en el deber del Estado de garantizar una existencia digna y los derechos a la vida y a la salud.

Por otro lado, el ministro rechazó la solicitud de que el tribunal ordenara al Ministerio de Salud comprar, en un plazo breve, el segundo lote de vacunas CoronaVac, ya que tomar esa decisión representaría una intromisión indebida del Poder Judicial en la esfera exclusiva del Ejecutivo. Además, afirmó que esa pretensión ya no era admisible porque, según la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Salud se había inclinado por una opción contractual anticipada, en al menos tres meses, para comprar 54 millones de dosis adicionales.

En relación con otra solicitud del accionante, para que el Ministerio de Salud presentara la planificación de la distribución de ese segundo lote de vacunas, Lewandowski también la rechazó. Señaló que el Gobierno Federal había firmado un compromiso para divulgar mensualmente las actualizaciones del Plan Nacional de Inmunización.

Todos los demás magistrados adhirieron al voto del relator Lewandowski.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADPF754*, sentencia del 26-2-2021, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SegundatutelaADPF754.pdf>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5265234>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461463&ori=1>.



Derecho a la seguridad pública. Localización de los teléfonos celulares. Derecho a la privacidad. Confidencialidad de las comunicaciones telefónicas. Confidencialidad de los datos personales. Competencia legislativa en materia de telecomunicaciones. Derecho procesal penal. Investigación policial. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Ley n.º 2569, de octubre de 2011, del estado de Rondonia estableció que las compañías de telefonía móvil debían informar la ubicación de los teléfonos celulares de los usuarios a la policía judicial estadual. La norma dispuso que las autoridades tenían que enviar una solicitud con anterioridad. Además de la obligación de proporcionar la localización, la ley decretó plazos para el suministro de la información y previó el uso de números de emergencia y el pago de una multa en caso de incumplimiento.

En 2012, la Asociación Brasileña de Proveedores Competitivos de Servicios de Telecomunicaciones (Telcomp) presentó un recurso contra esta ley ante el Tribunal Supremo Federal en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4739. Alegó que la legislatura estadual, al emitir una norma de telecomunicaciones, había invadido la competencia de la Unión, a la que consideró responsable de organizar el uso de los servicios telefónicos a nivel federal. Agregó que la ley desconocía varios artículos de la Constitución Federal. Por eso, en la demanda, Telcomp solicitó, con carácter preliminar, la suspensión de los artículos 1 a 4 de la Ley n.º 2569/2011 y, en el fondo, la declaración de inconstitucionalidad de esas disposiciones.

Telcomp afirmó que las sanciones previstas en el artículo 4 de la ley eran desproporcionadas y que una simple demora en la entrega de la información solicitada implicaba el pago de multas elevadas. Argumentó que la norma cuestionada inauguraba, en el ordenamiento jurídico estadual, la presunción de que el usuario aceptaba de antemano que la ubicación de su dispositivo telefónico fuera denunciada indiscriminadamente a la policía judicial, incluso sin autorización judicial previa. Indicó que, de ese modo, se violaba el artículo 5, inciso XII, de la Constitución Federal, que disponía la necesidad de una orden judicial para justificar la vulneración de la confidencialidad telefónica. Además, Telcomp sostuvo que las disposiciones impugnadas tampoco respetaban el derecho a la privacidad de los ciudadanos, previsto en el art. 5, incisos X y XII, de la Constitución Federal.

Finalmente, Telcomp señaló que, si bien el gobernador de Rondonia argumentó que había sancionado la ley cuestionada para combatir la delincuencia y garantizar la seguridad pública, los objetivos constitucionales no se podían sobrepasar solo para conseguir el fin buscado a toda costa, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, declaró inconstitucional la Ley n.º 2569/2011 de Rondonia, que obligaba a los operadores de telefonía móvil a proporcionar, tras una solicitud previa, la ubicación

de los dispositivos de sus clientes a la policía judicial estadual. Consideró válida la ADI 4739, presentada por Telcomp.

En 2013, por unanimidad, el pleno del Tribunal Supremo Federal otorgó una medida cautelar para suspender la vigencia de la ley. En la sentencia de fondo de 2021, la mayoría siguió el voto del relator, el ministro Marco Aurélio, que confirmó las razones expuestas en la cautelar.

El relator destacó que, en varias ocasiones, el máximo tribunal había declarado inconstitucionales normas estaduais y distritales que interferían directamente con la actividad de las concesionarias de servicios de telecomunicaciones, dado que la competencia privativa le correspondía a la Unión. El ministro señaló que, en los precedentes, el tribunal había reiterado que el asunto debía tener un tratamiento uniforme en el país, por su carácter nacional, y recordó que la Ley General de Telecomunicaciones (Ley n.º 9472/1997) regulaba el tema a nivel federal.

En este sentido, Aurélio también recordó que la Constitución, en sus arts. 21 y 22, otorgaba a la Unión la función exclusiva de legislar en materia de telecomunicaciones y explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso, los respectivos servicios. En consecuencia, el legislador estadual había invadido la competencia federal.

Además, el relator señaló que, entre las garantías constitucionales de las que gozaban brasileños y extranjeros, figuraba la inviolabilidad de la confidencialidad de los datos personales y las comunicaciones telefónicas, de acuerdo con el art. 5 de la Constitución. Indicó que la potestad para establecer excepciones a la inviolabilidad de la confidencialidad correspondía al Poder Judicial. Por lo tanto, concluyó que no podía obligarse a las compañías operadoras de telefonía móvil a proporcionar la ubicación de los dispositivos a la policía judicial estadual sin autorización judicial previa.

El ministro precisó que, según la jurisprudencia del tribunal, la confidencialidad comprendía la correspondencia, las comunicaciones y los datos que hubiera en los aparatos electrónicos, incluidas las llamadas telefónicas realizadas y recibidas, la agenda electrónica y el contenido de mensajes de texto, archivos y documentos.

El voto del relator fue acompañado íntegramente por los ministros Luiz Fux, Carmen Lúcia y Gilmar Mendes, que observó que, en sentencias anteriores, el tribunal había sostenido la competencia privativa de la Unión para legislar sobre las telecomunicaciones.

Los ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, José Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso y Kassio Nunes Marques también votaron en el mismo sentido, pero por diferentes motivos. Para Fachin, Weber y Lewandowski, la ley de Rondonia es inconstitucional porque invade la competencia exclusiva de la Unión para legislar en materia procesal. Consideraron que el requerimiento de informaciones relativas a la localización de teléfonos celulares por la autoridad policial era un asunto abarcado por el art. 13 del Código Procesal Penal.

Dias Toffoli, por su parte, aseguró que la ley impugnada no se refería a actividades de las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, sino

a la regulación de la investigación policial, con una hipótesis de la diligencia que deberían realizar las autoridades en el ámbito de la investigación. Por lo tanto, advirtió que el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad no podían ser los arts. 21 y 22 de la Constitución. Agregó que tampoco se trataba de la competencia exclusiva de la Unión para legislar en materia procesal, porque, según el Tribunal Supremo Federal, la regulación de la investigación policial no estaba incluida en el ámbito estricto del proceso penal. Concluyó que la inconstitucionalidad se originaba en la violación del art. 24 de la Constitución, que exigía la presencia, en la ley de Rondonia, de un elemento normativo de carácter general destinado a resolver las particularidades del estado. Entendió que ese requisito no se cumplía con esta norma estadual, que no contenía ninguna regla específica que respondiera a las peculiaridades a nivel regional.

Nunes Marques, a su vez, subrayó que la materia del caso era la seguridad pública a nivel regional, una prerrogativa del estado. Sin embargo, entendió que involucraba también temas que iban más allá del nivel estadual. En este sentido, mencionó las implicaciones de la violación de la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas, que consideró competencia de la Unión.

Finalmente, Barroso indicó que la ley cuestionada no regulaba aspectos inherentes a la prestación del servicio público, por lo que no había habido una usurpación de la competencia privativa de la Unión para legislar sobre las telecomunicaciones. En cambio, sostuvo que la norma estipulaba el procedimiento para resguardar la seguridad pública a nivel regional, una competencia legislativa de cada estado.

Sin embargo, Barroso aseguró que la ley estadual era inconstitucional porque permitía el requerimiento directo de informaciones relativas a la localización de teléfonos celulares por las autoridades policiales sin consentimiento previo del Poder Judicial. Afirmó que era competencia de ese poder del Estado autorizar a los diferentes organismos públicos a realizar un acto que implicara la violación de la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas o de los datos personales.

El único voto por la minoría fue del ministro Alexandre de Moraes, que propuso rechazar la demanda. Señaló que la norma cuestionada no estaba vinculada a las telecomunicaciones, sino a la seguridad pública, que era competencia legislativa del estado de Rondonia. Recordó, para fundamentar su postura, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal que reconocía la seguridad pública como una modalidad de servicio público general e indivisible. Además, subrayó que la Constitución consagraba el derecho a la seguridad como uno de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. En su opinión, entonces, resulta indispensable la colaboración conjunta entre los entes públicos y la propia sociedad para hacer efectivo ese derecho y alcanzar la paz social.

De Moraes consideró que el caso en cuestión desafiaba a reflexionar de forma cuidadosa sobre la delimitación de competencias legislativas en seguridad pública. Advirtió que el protagonismo conferido a la Unión para legislar sobre derecho penal y procesal penal y sobre telecomunicaciones podía terminar por vaciar las competencias de estados y municipios en materia de seguridad pública. Además, agregó que la

ley impugnada establecía la disposición expresa de conservar la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas y el control externo posterior —en un plazo de 24 horas— del Ministerio Público, por lo que encontraba que la norma era razonable y resguardaba el derecho a la privacidad.

En relación con esto, el ministro señaló que, si a los estados se les reconocía competencia legislativa en materia procedimental y autoridad para organizar el Poder judicial, el Ministerio público y la policía civil y militar a nivel local, también debía ser capaz de sancionar leyes para garantizar la seguridad pública, como en el caso bajo análisis. Opinó que una mayor autonomía estadual en este campo permitiría contemplar mejor las particularidades regionales. Expresó que, en última instancia, el objetivo del legislador estadual había sido defender el orden público y preservar la integridad de las personas y del patrimonio, conforme lo establece el art. 144 de la Constitución.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI4739*, sentencia del 12-2-2021, en <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460774&ori=1>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4594595>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4594611>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5268270>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4981268>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5220785>.



Derecho a la seguridad social. Pensión de viudedad. Constitución formal del vínculo. Discriminación por motivos raciales o étnicos. (España).

Antecedentes del caso: el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó a Joaquina Cortés Cortés la pensión de viudedad que había solicitado tras la muerte de la persona con quien convivía. Cortés Cortés interpuso una acción de amparo, por entender que se había vulnerado su derecho a la igualdad y no discriminación. La pareja había contraído matrimonio bajo el rito gitano, y actuaron de buena fe y con la plena creencia de la validez de su matrimonio. Convivieron por al menos quince años hasta la muerte del hombre, y tuvieron cinco hijos en común que fueron reconocidos por él como hijos naturales.

El Juzgado de lo Social 4 de Jaén desestimó el reclamo por considerar que la denegación había obedecido a que no se había constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho hasta al menos dos años antes de la muerte del hombre.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía revocó la sentencia de primera instancia y reconoció el derecho de la demandante a la pensión de viudedad. La Sala entendió que pese a figurar como solteros en el libro de familia, ello no bastaba para desvirtuar la buena fe respecto de la validez y eficacia

de su matrimonio contraído bajo el rito gitano. La pareja había celebrado su unión conyugal y había convivido como matrimonio en una realidad social y cultural muy distinta a la actual. La Sala sostuvo que no era posible considerar que fingieran estar casados solo para obtener el derecho a cobrar una pensión. En consecuencia, denegarla supondría una discriminación por razones étnicas y culturales. Contra esta sentencia, el INSS y la Tesorería General de la Seguridad social (TGSS) interpusieron un recurso de casación para la unificación de doctrina.

La Sala de lo Social 5 del Tribunal Supremo anuló la resolución recurrida y desestimó la demanda.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España desestimó demanda de amparo promovida por Joaquina Cortés Cortés.

1. El Tribunal Constitucional analizó la sentencia emitida por la Sala de lo Social 5 del Tribunal Supremo.

A juicio de la recurrente, la sentencia habría vulnerado el art. 14 de la Constitución de España (CE), que ampara su derecho a no sufrir discriminación racial o étnica. Además, alegó que partiendo de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en los autos *Muñoz Díaz c. España* y del criterio de buena fe en ella acogido, también concurrente en este caso, debería habersele concedido la pensión de viudedad solicitada. Declaró haber vivido como mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado civil, y que su situación no era diferente de otros casos en los que se ha considerado que existía tal derecho. De modo subsidiario, entendió que debería haber obtenido ese reconocimiento a la pensión a fin de evitar una discriminación indirecta por la aplicación neutra de una norma sobre la formalización de parejas de hecho que podría objetivamente perjudicar al colectivo gitano, una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable que requiere una protección especial. Además, destacó que el vínculo se desarrolló de acuerdo con un régimen de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública, con actuaciones conjuntas que pueden ser acreditadas y con una vida de intereses y objetivos comunes, en el núcleo del mismo hogar y por un periodo superior a diez años, como consta en la causa.

Por su parte, el ministerio fiscal y el INSS solicitaron la desestimación del recurso. Consideraron que los criterios aplicados por el Tribunal Supremo en orden al requisito del matrimonio o de la formalización de la pareja de hecho no lesionan el art. 14 CE. Sostuvieron que la regulación española resulta neutral desde la perspectiva racial, al margen de que no existe un derecho a la desigualdad de trato, por lo que el antecedente europeo invocado no es aplicable a este caso.

2. El Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en el asunto *Muñoz Díaz c. España*, en la que se había analizado la posible discriminación por la denegación del derecho a percibir la pensión de viudedad basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana.

Concluyó que los criterios tomados en consideración por la CEDH no concurrían en este caso, dado que ambos miembros de la pareja eran conscientes

de que su matrimonio no era válido conforme al derecho vigente y porque su unión como convivientes tampoco estaba formalizada.

3. El Tribunal Constitucional declaró que no había sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de raza o etnia (art. 14 CE) por habersele negado una pensión, dado que la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no es reconocida por el ordenamiento jurídico español como una forma válida para contraer matrimonio, y la unión de convivencia tampoco se había constituido conforme exige la ley para acceder a la prestación solicitada. En consecuencia, concluyó que no existe una discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos por no haberse equiparado la unión de la demandante con las uniones de hecho debida y legalmente formalizadas.

4. La sentencia cuenta con un voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol quien consideró que existía una discriminación indirecta por razón de pertenencia a una minoría nacional en el trato dispensado para denegar la prestación por viudedad a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní que no sean inscritas en los registros específicos. El magistrado, en aplicación de la jurisprudencia constitucional, de la CEDH y del TJUE, argumentó que la denegación de una pensión de viudedad en estas circunstancias implica una desventaja particular de los miembros de la comunidad romaní en relación con el resto de personas que conviven bajo la fórmula de uniones de vida registradas. Además, que la exigencia de inscripción de las uniones de vida para lucrar la prestación de viudedad cumple una finalidad de garantía que queda satisfecha, incluso en mayor medida, por los elementos que comporta la tradición cultural de la unión de vida celebrada conforme al rito romaní. Asimismo, resaltó que no cabía excluir la concurrencia de la buena fe de la demandante de amparo como elemento relevante del juicio de proporcionalidad de la posible lesión del principio de no discriminación ponderado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Segunda, Recurso de amparo 1343-2018 promovido por Joaquina Cortés Cortés contra la sentencia 58-2018 del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sentencia del 25-1-2021, en https://www.tribunal-constitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_009/2018-1343STC.pdf



Derecho al debido proceso. Derecho de acceso a la administración de justicia. Mora en la resolución de procesos judiciales. Plazo razonable. Derecho a la vida. Derecho a la salud. Adulto mayor. Derecho de propiedad. Extinción de dominio. (Colombia).

Antecedentes del caso: en 2001, mediante escritura pública, Blanca Ospina de Cardozo adquirió un departamento en Bogotá. Ese mismo año, a partir de un informe del Departamento Administrativo de Seguridad sobre las anotaciones

judiciales de José Miguel Arroyave Ruiz y su esposa Martha Eda Cardozo Ospina —yerno e hija de Blanca Ospina de Cardozo— por los delitos de tráfico, fabricación y tenencia de estupefacientes y posesión de sustancias para el procesamiento de narcóticos, se encomendó a la Fiscalía 31 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Bogotá analizar la tramitación de la extinción de dominio. Las pesquisas permitieron vincular a Arroyave Ruiz con el grupo ilegal Autodefensas Unidas de Colombia, como cabecilla del Bloque Centauros. En 2005, la fiscalía inició el trámite de la extinción de dominio de los bienes que pudieran estar relacionados con actividades ilegales, incluidos los de Ospina de Cardozo. Además, decretó el embargo y el secuestro de diferentes propiedades investigadas, como el departamento adquirido por Ospina de Cardozo en 2001.

En marzo de 2017 se resolvió la procedencia de la acción extintiva de dominio de los bienes de Blanca Ospina de Cardozo. La fiscalía declaró la improcedencia de la acción frente a nueve propiedades. El Ministerio de Justicia y del Derecho apeló esa decisión. Las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía 78 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá. La Sociedad de Activos Especiales, en ejercicio de funciones de policía administrativa, dispuso la entrega del departamento al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO). Por ello, en octubre de 2019, FRISCO notificó lo resuelto a Martha Eda Cardozo Ospina y a Blanca Ospina de Cardozo, que ocupaban el inmueble en ese momento, y les anunció que la entrega se llevaría a cabo el 13 de noviembre de ese mismo año.

Martha Cardozo Ospina —en calidad de agente oficiosa de su madre— promovió una acción de tutela contra la Fiscalía 31 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Bogotá, la Fiscalía 78 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sociedad de Activos Especiales (SAE). Sostuvo que, tras catorce años desde el inicio el trámite de extinción, la fiscalía no había realizado las gestiones procesales necesarias para que el juez competente adoptara un pronunciamiento de fondo. Solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la vida digna, a la intimidad personal y familiar, al buen nombre y a la propiedad. Expuso que el departamento reclamado por la SAE era el único bien con el que contaba su madre, de 89 años y que padece Alzheimer, para residir. Agregó que en esa vivienda se le suministraba oxígeno y atención sanitaria debido a la dificultad que tenía para desplazarse.

Por ello, Cardozo Ospina consideró que la orden de desalojo afectaba las condiciones de vida de su madre y vulneraba los derechos a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, pues atentaba contra el prestigio de Ospina de Cardozo. Reclamó que se ordenara a las fiscalías accionadas pronunciarse sobre la procedencia de la acción extintiva y, si correspondía, remitir las actuaciones al juez competente. Adicionalmente, como medida provisional, solicitó la suspensión de la diligencia de entrega del inmueble.

En primera instancia, la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concedió la medida provisional y ordenó a la SAE suspender la diligencia de entrega hasta que se adoptara la decisión de fondo en el trámite de tutela. En su sentencia de noviembre de 2019, advirtió una dilación

excesiva en el pronunciamiento de fondo acerca del trámite extintivo iniciado en 2005 y la remisión ante el juez competente. Asimismo, mencionó que la autoridad encargada de resolver la apelación ni siquiera había avocado el conocimiento del asunto, lo cual afectaba la eficacia de la administración de justicia. Sin embargo, sostuvo que no existía un perjuicio irremediable sobre Ospina de Cardozo, dado que no podía afirmarse con certeza que el inmueble en cuestión constituyera su único patrimonio. Del mismo modo, puso en duda que la accionante y su madre residieran allí y agregó que Ospina de Cardozo tenía dos hijos más, quienes también debían velar por su bienestar de acuerdo con el principio de solidaridad. Por lo dicho, la sala del tribunal concedió el amparo de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues consideró transgredida la garantía de plazo razonable para adoptar decisiones judiciales. En cambio, denegó la protección a la intimidad personal y familiar, al buen nombre, a la propiedad y a la vida digna; ordenó a la Fiscalía 78 resolver el expediente vinculado con Ospina de Cardozo, y revocó la medida provisional que había suspendido la diligencia de entrega forzada dispuesta por la SAE. El fallo fue impugnado por la accionante.

En segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó parcialmente el fallo, en cuanto amparaba los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. A diferencia de la primera instancia, concedió el amparo transitorio de los derechos a la vida y a la salud de Ospina de Cardozo. En ese sentido, ordenó a la SAE, de manera transitoria, suspender el desalojo hasta tanto la Fiscalía 78 resolviera los recursos pendientes. Entretanto, la accionante podría gestionar el traslado de su madre a otro lugar. Por último, dispuso que la SAE garantizara la entrega efectiva del inmueble a través de un plan de acción, que también velara por el respeto de los derechos fundamentales y contara con participación de las autoridades competentes. Sostuvo que la orden de desalojo representaba un perjuicio irremediable para la vida y la salud de Ospina de Cardozo, debido a su edad y a la atención médica domiciliaria que debía recibir. Por eso, indicó que la protección de los derechos era transitoria, hasta que la fiscalía se pronunciara, y aclaró que las órdenes proferidas no se oponían a la legitimidad de las pretensiones del Estado sobre el inmueble —cuya tenencia y disposición del derecho de dominio se encontraban limitadas en razón del proceso de extinción—, ni contra la función de policía administrativa de la SAE.

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

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia confirmó la sentencia de segunda instancia —que amparó los derechos a la vida y a la salud de Blanca Ospina de Cardozo— y también los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia —oportunamente amparados en primera instancia—. Además, aclaró que el alcance del amparo transitorio concedido en segunda instancia había finalizado con la resolución del recurso de apelación por parte de la Fiscalía 78 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Finalmente, exhortó a la accionante a que realizara las gestiones para garantizar un lugar de residencia para su madre.

1. La Corte Constitucional analizó la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la acción de tutela pretendía que se definiera la situación jurídica de los inmuebles, lo cual, a su vez, influía en la garantía de los derechos a la salud y a la vida digna de Ospina de Cardozo. Respecto de los derechos a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, la Corte Constitucional entendió que no habían sido vulnerados, ya que la observancia de los deberes y el cumplimiento de las cargas procesales y/o las consecuencias jurídicas que son aplicables a las personas inmersas en un proceso judicial no representaban una transgresión de los intereses fundamentales protegidos por la Constitución. Por otra parte, sostuvo que tampoco se había vulnerado el derecho a la propiedad, ya que, en este caso, las limitaciones a ese derecho se vinculaban con las medidas cautelares dictadas en el proceso de extinción del derecho de dominio, que habían dado lugar a la entrega forzosa dispuesta por la SAE. En consecuencia, tales restricciones son legítimas, pues corresponden a actuaciones judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico que, en todo caso, deben acatar la garantía del debido proceso, de acuerdo con el art. 29 de la Constitución.

2. La Corte Constitucional también analizó el desempeño de la Fiscalía General de la Nación a través de sus fiscalías 31 y 78. Advirtió que, durante el trámite de extinción de dominio —relativo a treinta y siete inmuebles, una sociedad comercial y ocho vehículos—, el término probatorio duró alrededor de quince meses, por lo que superó los 30 días establecidos en el art. 13 de la Ley 793/2002. Aunque reconoció que, dada la cantidad de propiedades implicadas en el proceso de extinción de dominio, la fiscalía no hubiera podido cumplir ese plazo, advirtió que en las actuaciones existía un intervalo de inactividad de más de ocho años.

La decisión sobre la procedencia de la acción extintiva demoró aproximadamente doce años, un lapso que constituía una mora judicial y que colocaba la situación de Ospina de Cardozo en un estado de indeterminación jurídica. Además, la fiscalía tardó casi tres años en asignar el proceso a fin de resolver el recurso de apelación.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el análisis sobre mora judicial está conformado por los siguientes parámetros: inobservancia de los plazos previstos en la ley; inexistencia de un motivo razonable que justifique la demora; la tardanza debe ser imputable a la falta de diligencia u omisión sistemática de los deberes por parte del funcionario judicial; tipo de garantías comprometidas en la actuación judicial, y examen de los aspectos objetivos y subjetivos del caso.

Al aplicar esas premisas al caso, la Corte Constitucional advirtió que la actuación de las fiscalías había superado excesivamente el término legal y que, si bien el proceso era complejo, el lapso de doce años resultaba desproporcionado. Además, la fiscalía no explicó cuál fue la causa de la tardanza ni a qué se debía la inactividad del proceso por más de ocho años. Tampoco mencionó haber adoptado medidas para superar el retraso procesal, ni se demostró que Ospina de Cardozo haya contribuido a la dilación del trámite.

Por lo dicho, la Corte Constitucional consideró que la fiscalía había incurrido en mora judicial en el proceso de extinción de dominio y había vulnerado los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de Ospina de Cardozo,

en relación con la garantía del plazo razonable en la adopción de decisiones, lo que afectaba el deber del Estado de garantizar una justicia pronta y eficaz.

3. Respecto de la SAE, la Corte Constitucional entendió que había obrado dentro de sus funciones legales en cuanto al secuestro y administración de los bienes puestos a disposición del Fondo para la Rehabilitación Social y Lucha contra el Narcotráfico (FRISCO), conforme los arts. 90 y 91 de la Ley 1708/2014 y el Decreto reglamentario 2136/2015.

En diciembre de 2019, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dadas las circunstancias vitales de Ospina de Cardozo, concedió el amparo transitorio de sus derechos a la vida y a la salud y ordenó suspender la entrega forzosa del inmueble hasta que la Fiscalía 78 resolviera las cuestiones pendientes.

Adicionalmente, ordenó a la SAE elaborar, durante ese término, un plan de acción que garantizara la entrega real y efectiva del inmueble y que, al mismo tiempo, salvaguardara los derechos fundamentales de Ospina de Cardozo, y contara con participación de las autoridades encargadas de supervisar el desarrollo del desalojo.

En relación con la elaboración del plan de acción, la SAE aseguró que contaba con un protocolo para el ejercicio de la facultad de policía administrativa, el que establecía la realización de actividades previas a la diligencia, como, por ejemplo, intentar llegar a un acuerdo con los ocupantes respecto de la entrega voluntaria del inmueble o solicitar el apoyo de diferentes autoridades para garantizar el cumplimiento de las órdenes y los derechos de los ocupantes. Frente al segundo punto, la entidad mencionó que en este caso informó a la Policía Metropolitana de Bogotá, a la Personería Local de Suba, a la Secretaría de Integración Social de la Localidad de Suba y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Con base en estos elementos, la Corte Constitucional observó que la SAE poseía mecanismos institucionales idóneos para cumplir el plan de acción ordenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, la institución deberá llevar a cabo la diligencia de entrega aplicando el protocolo.

4. La Corte Constitucional advirtió que el amparo transitorio concedido en segunda instancia había finalizado, pues la protección estaba condicionada a que la fiscalía resolviera las cuestiones pendientes. No obstante, la accionante y su madre aún residían en el departamento, es decir, el desalojo no había sido concretado. Asimismo, la SAE no había empleado ninguna de las facultades que le otorgaba la ley, como, por ejemplo, enajenar el inmueble o disponer su destino o depósito provisional.

Por ello, la Corte Constitucional también conminó a la accionante para que realizara las gestiones para garantizarle un lugar de residencia a su madre. Al respecto, destacó que las condiciones propias de la edad y del estado de salud de Ospina de Cardozo no podían justificar el incumplimiento de las medidas cautelares dictadas desde 2005. Asimismo, agregó que en el caso no se había alegado ni cuestionado la existencia de alguna irregularidad o defecto en las decisiones adoptadas durante el proceso de extinción de dominio.

Por último, la Corte Constitucional consideró que no era razonable extender el amparo transitorio, dado que Ospina de Cardozo contaba con el apoyo familiar

de sus cuatro hijos, que, a partir de sus deberes legales y en el marco del principio de solidaridad, debían atender las necesidades básicas de su madre. Además, no se advirtió que la accionante hubiera efectuado alguna gestión para lograr el traslado de su progenitora. Por otro lado, dado que la Corte Constitucional resolvió el recurso y, de esa manera, quedó definida la procedencia de la acción extintiva de dominio, los jueces competentes pueden tomar conocimiento del caso y, en consecuencia, los interesados podrán controvertir la decisión de la fiscalía.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Octava de Revisión, acción de tutela interpuesta por Martha Eda Cardozo Ospina contra la Fiscalía 31 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Bogotá, la Fiscalía 78 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y la Sociedad de Activos Especiales—SAE—, sentencia T-441/20, del 13-10-2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-441-20.htm>.



Derecho al debido proceso. Derecho de defensa. Derecho a acceder a los mensajes que lo involucran. Derecho a la personalidad. Derecho a la privacidad. Protección del secreto profesional. Confidencialidad de las comunicaciones. (Brasil).

Antecedentes del caso: en noviembre de 2020, el ministro del Tribunal Supremo Federal Ricardo Lewandowski autorizó al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a acceder a los archivos incautados que le concernieran, directa o indirectamente, y a los relacionados con las investigaciones y acciones penales en su contra entabladas en el Juzgado Federal n.º 13 de Curitiba o en cualquier otra jurisdicción, incluso extranjera. En diciembre, luego de que los abogados del expresidente reclamaran que seguían negándoles el acceso, el ministro reiteró su decisión.

Con posterioridad, los fiscales que intervinieron en las causas penales conocidas como Operación Lava Jato (entre ellos, el procurador general de la República Deltan Dallagnol) apelaron la decisión ante el Tribunal Supremo Federal. Pidieron la revocación de la autorización y solicitaron que, si los archivos ya hubieran sido entregados, se impidiera al expresidente utilizar el contenido para cualquier propósito, incluso para su defensa judicial.

Los accionantes alegaron que la autorización otorgada a Lula da Silva para acceder a los mensajes vulneraba la garantía constitucional del debido proceso legal así como el derecho a la protección del secreto profesional y de las comunicaciones. Además, argumentaron que la utilización de esos contenidos podía violar sus derechos y el de otros funcionarios públicos mencionados en la acción penal en trámite ante el Juzgado Federal n.º 10 del Distrito Federal. Por otro lado, sostuvieron que no estaba comprobada la autenticidad de los archivos incautados, ya que no habían sido peritados. Por último, afirmaron que, como Lula da Silva no aparecía como víctima

del *hackeo* investigado por la Operación Spoofing, no estaba legitimado para requerir el acceso a los mensajes.

Se denomina Operación Spoofing a la investigación del *hackeo* de dispositivos electrónicos de ciertas autoridades, como el exministro de Justicia y Seguridad Pública Sérgio Moro y el procurador general Deltan Dallagnol. Los archivos en cuestión forman parte de una acción penal en curso en el Juzgado Federal n.º 10 del Distrito Federal. Parte de los mensajes, relacionados con las conversaciones entre Moro y algunos fiscales que intervinieron en la Operación Lava Jato, fueron publicados por medios de prensa.

Los abogados de Lula da Silva, por su parte, señalaron que los procuradores de la República no podían reivindicar la violación de la intimidad de terceros. Además, tampoco les correspondía opinar sobre qué era o no de interés para la defensa de su cliente. Del mismo modo, argumentaron que el Estado no podía imponer confidencialidad a elementos que estaban a su disposición y que tal vez permitieran comprobar la inocencia de un acusado o la nulidad de un proceso en su contra.

Sentencia: la Segunda Sala del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, rechazó el recurso de apelación interpuesto por los fiscales que intervinieron en la Operación Lava Jato y ratificó el derecho del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a acceder a los mensajes investigados en la Operación Spoofing que le concernieran. El tribunal entendió que los miembros del Ministerio Público no tenían legitimación para peticionar en la causa.

El ministro relator de la causa (RCL 43007), Ricardo Lewandowski, votó por la mayoría y afirmó que, con el pretexto de defender derechos propios y de terceros, los fiscales de primer grado, ajenos al conflicto, no podían intervenir en el expediente contra decisiones tomadas por el Tribunal Supremo Federal. Consideró que los únicos legitimados para impugnar los objetos de la denuncia eran el procurador general y el propio Lula da Silva, querellante e imputado en la acción penal ante el Juzgado Federal n.º 13 de Curitiba. Sin embargo, aseguró que de ninguna manera debía ser admitido un conjunto de fiscales, que actuaban en nombre propio y asistidos por un abogado particular.

Además, sostuvo que, aun cuando este grupo de fiscales buscara proteger intereses de terceros, el Código Procesal Civil expresaba con claridad que nadie podía defender derechos ajenos en nombre propio, excepto que estuviera autorizado por el ordenamiento jurídico, lo que no ocurría en este caso. Del mismo modo, explicó que tampoco se trataba de tutelar un derecho transindividual, lo que hubiera podido justificar la actuación del órgano ministerial en legitimación extraordinaria.

Lewandowski también recordó, frente al argumento de que la admisión de los fiscales podría garantizar la defensa de derechos de terceros anónimos, que, en todas las decisiones relativas a la autorización al acceso al material incautado, el tribunal había resaltado expresamente que los contenidos vinculados con personas no relacionadas con Lula da Silva deberían ser conservados bajo rigurosa confidencialidad.

Lewandowski destacó que los extractos que se hicieron públicos no trasmitían comunicaciones de carácter personal o familiar, ni exponían la vida privada o la

intimidación de ninguno de los interlocutores, sino solo supuestos diálogos (tanto entre miembros del Ministerio Público como entre ellos y Moro) sobre investigaciones y acciones penales en pleno ejercicio de sus atribuciones públicas. En su opinión, y de acuerdo con numerosa jurisprudencia, estas conversaciones, referidas a tesis acusatorias, prisiones preventivas, delaciones premiadas y acuerdos de indulgencia, no estaban protegidas por la confidencialidad o el secreto profesional. El ministro advirtió que no modificaba el análisis el hecho de que los diálogos entre agentes estatales (o entre estos y particulares) hubieran sido realizados al margen de los canales formales.

Del mismo modo, Lewandowski recordó que la Constitución consagraba el principio de la publicidad de los actos judiciales y explicitaba que el derecho a la privacidad de los interesados solamente subsistiría cuando no se perjudicara el interés público a la información. La publicidad, según el ministro, es un elemento intrínseco de la actuación judicial, que debe ser tomado como prioridad por los magistrados en la realización de audiencias y juicios y en la tramitación de los procesos, con el fin de garantizar a la sociedad el acceso pleno a la información en el marco de la democracia.

El ministro señaló que no se discutía en el caso la validez como prueba de los mensajes incautados, sino solo el acceso a elementos que hubieran estado en manos del Estado y hubieran sido examinados judicialmente. Lewandowski destacó que, desde hacía tres años, se le venía negando el acceso a los mensajes a la defensa del expresidente, en contra de las expresas determinaciones del Tribunal Supremo Federal. Advirtió que la cuestión de la autenticidad o valor probatorio del contenido se resolverá en el ámbito de los procesos correspondientes.

Por otro lado, Lewandowski señaló que el contenido que había salido a la luz hasta el momento era sumamente serio y que debería causar perplejidad incluso en quien tuviera un mínimo conocimiento sobre el debido proceso legal. Aseguró, en este sentido, que la pequeña muestra del material ya permitía inferir, al menos en teoría, una asociación indebida entre el órgano juzgador y la acusación. Indicó, por ejemplo, que una parte de las conversaciones revelaba negociaciones con autoridades extranjeras, quienes habrían interferido en las investigaciones sin respetar los procedimientos legales, especialmente en los asuntos relacionados con Odebrecht.

En cuanto al tipo de recurso presentado por los fiscales, Lewandowski observó que el pedido de reconsideración carecía de los presupuestos procesales mínimos para ser admitido. Destacó que esta clase de pedidos de revisión de una decisión no tenía respaldo en el ordenamiento procesal vigente. Consideró que no constituyen recursos en el sentido estricto ni tampoco medios de impugnación atípicos.

Los ministros Nunes Marques, Carmen Lúcia y Gilmar Mendes acompañaron integralmente la posición del relator y completaron los votos de la mayoría.

El ministro Edson Fachin, en cambio, votó por la minoría. Consideró, a diferencia de sus colegas, que los fiscales tenían legitimación para reclamar como terceros perjudicados. Sostuvo que las garantías del debido proceso legal y de la amplia defensa les correspondían a todos.

Además, Fachin opinó que la decisión que había eliminado la confidencialidad de la denuncia afectaba directamente los derechos a la personalidad y a la privacidad de los fiscales y sus familiares. El ministro votó a favor de aceptar el pedido de reconsideración para que el material recolectado no fuera utilizado en ningún proceso, hasta que el pleno del tribunal decidiera sobre la validez de las informaciones, sobre el acceso a ellas y sobre la competencia para analizar el reclamo.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *RCL43007*, sentencia del 9-2-2021, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMinistroRicardoLewandowskiRcl43007AgR1.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460233&ori=1>.



Derecho al debido proceso. Principio de imparcialidad del magistrado. Habeas corpus. Derecho a la defensa. (Brasil).

Antecedentes del caso: la defensa del ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva presentó un *habeas corpus* ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil para solicitar que se declarara nula la acción penal que culminó con su condena por corrupción pasiva y lavado de activos por hechos relacionados con la compra de un departamento triplex en Guarujá, San Pablo. Argumentó que Sérgio Moro, ex juez del Juzgado Federal n.º 13 de Curitiba, había violado, como magistrado, su deber de imparcialidad. También pidió la declaración de nulidad de las demás acciones penales instruidas por Moro contra Lula da Silva.

La defensa sostuvo que, cuando Moro había dictado la orden de detención del ex presidente, había omitido realizar la intimación previa para declarar, que era la medida procesal que correspondía legalmente. También señaló que Moro había autorizado la interceptación de las comunicaciones telefónicas de Lula da Silva, sus familiares y sus abogados, en vez de adoptar otro tipo de medidas durante la investigación. Agregó que la divulgación del contenido de grabaciones telefónicas del ex presidente y sus allegados había violado los derechos de su defendido y tenía un claro interés político.

Además, la defensa indicó que el hecho de que Moro hubiera recibido y aceptado la invitación del presidente electo Jair Bolsonaro para asumir como ministro de Justicia, a partir de enero de 2019, revelaba su parcialidad contra Lula da Silva y que había actuado, durante todo el proceso, con motivación política. También denunció que Moro había operado en forma oculta para que no se cumpliera la orden de liberación de Lula da Silva, otorgada por el juez federal Rogério Favreto en julio de 2018.

La defensa alegó que todos estos hechos demostraban la vulneración de los derechos de Lula da Silva y la parcialidad del ex juez Moro.

Sentencia: la Sala Segunda del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría de tres votos contra dos, otorgó el habeas corpus solicitado y reconoció que el exjuez Sérgio Moro había sido parcial en la condena del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva en el caso de la compra de un triplex en Guarujá. El tribunal entendió que el entonces magistrado había actuado con motivación política en la conducción del proceso, que se llevó adelante en el Juzgado Federal n.º 13 de Curitiba.

La mayoría de los magistrados acompañó el voto del ministro Gilmar Mendes, que determinó la nulidad de todas las decisiones de Moro en el caso de la compra de un triplex en Guarujá, incluidos los hechos practicados en la fase preprocesal, por entender que el magistrado se había comportado de manera parcial.

El proceso que llevó adelante la Sala Segunda del Tribunal Supremo Federal de Brasil se desarrolló durante distintos períodos. Comenzó en diciembre de 2018, cuando, tras los votos de Edson Fachin, relator del caso, y de Cármen Lúcia (ambos consideraron que Moro había sido imparcial y rechazaron el *habeas corpus*), el ministro Gilmar Mendes pidió vista de los autos para examinarlos mejor y la votación se postergó. El 9 de marzo de 2021, Mendes y Ricardo Lewandowski entendieron que Moro había sido parcial y que correspondía anular la acción penal. En ese punto, el juicio estaba empatado, con dos votos de cada lado, y el ministro Nunes Marques solicitó que fuera suspendido.

El 23 de marzo, Nunes Marques votó acompañando a Fachin, mientras que Cármen Lúcia, que se había pronunciado en 2018 por no admitir el *habeas corpus*, reformuló su voto y reconoció la parcialidad de Moro.

El relator del caso, el ministro Edson Fachin, votó por el rechazo del *habeas corpus*. Señaló que los argumentos de la defensa relacionados con la detención, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y la difusión de audios ya habían sido sometidos a la jurisdicción del Tribunal Supremo Federal y decididos a partir de la valoración de los recursos extraordinarios interpuestos contra resoluciones del Tribunal Regional Federal de la IV Región, que se había pronunciado sobre recursos planteados por sospecha de parcialidad del juez. Fachin consideró que estas decisiones eran definitivas y que ya no se podía plantear ningún recurso contra ellas.

Fachin observó, en cuanto a los demás hechos señalados por la defensa, que no habían sido presentados ante el Tribunal Superior de Justicia, como correspondía desde el punto de vista procesal. Dado que este recurso había sido interpuesto directamente en el Tribunal Supremo Federal, no se podía admitir el *habeas corpus* sin caer en una supresión de instancia.

Fachin tampoco encontró motivos para otorgar el *habeas corpus* en relación con la orden de detención que había dictado Moro. Consideró imposible sostener que el otorgamiento de la medida, en sí mismo, fuera un indicio de parcialidad. En cuanto a la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas, el ministro remarcó que fue dictada a partir de las pruebas obtenidas por la investigación policial, sin que existiera ninguna anomalía que indicara una actuación indebida de Moro. En relación con la divulgación de los audios capturados de las interceptaciones, Fachin recordó que el tema ya había sido analizado por el Tribunal Supremo Federal en el proceso *RCL 23457*. En esa ocasión, se reconoció que la decisión de Moro había

avanzado sobre cuestiones que son competencia del máximo tribunal. Sin embargo, sostuvo Fachin, si bien esa acción revelaba una falta de respeto a las normas legales y merecía la crítica y la reparación previstas en la ley, el acto en sí mismo no permitía calificar de parcial la actuación del magistrado.

Por otro lado, en cuanto a que la conducta de Moro haya podido impedir la liberación de Lula da Silva, que había sido dictada por un juez, Fachin destacó que ese hecho estaba siendo investigado por la Secretaría de Justicia de la Nación, por lo que no correspondía debatir el asunto en el *habeas corpus*. Además, el ministro sostuvo que no era posible afirmar que la prisión haya sido mantenida exclusivamente por la intervención de Moro, ya que había sido el resultado de una serie de desacuerdos de competencia entre diferentes autoridades judiciales.

La ministra Cármen Lúcia, que acompañó el voto de Fachin, recordó que los principales puntos planteados por la defensa habían sido objeto de análisis en la etapa procesal anterior, habían sido rechazados por el Tribunal Regional Federal de la IV Región y, posteriormente, habían sido considerados por el Tribunal Supremo Federal en recursos extraordinarios de apelación. Señaló que, por lo tanto, la presunción de validez de los actos realizados debía mantenerse, pues no existía ninguna prueba objetiva que demostrara la parcialidad de Moro.

Lúcia consideró que el hecho de que Moro aceptara la invitación para formar parte del Poder Ejecutivo no podía considerarse, en sí mismo, prueba suficiente para afirmar su parcialidad. Entendió que cualquier conclusión sobre la cuestión planteada dependería de un análisis más profundo de la prueba, lo que no se podía llevar a cabo a través de un *habeas corpus*.

Los ministros Gilmar Mendes y Ricardo Lewandowski consideraron que Moro había tenido un interés político en lograr la condena y que había actuado con el objetivo de impedir la participación de Lula da Silva en la vida política nacional.

Gilmar Mendes expuso varios hechos que, a su juicio, demostraban la parcialidad del exjuez Moro. Uno de ellos fue la orden de detención de Lula da Silva, sin intimación previa para declarar, que no respetó los lineamientos legales y lo expuso de un modo que atentaba contra su dignidad y contra el principio de la presunción de inocencia. El ministro recordó que, antes del procedimiento, el expresidente ya había sido citado y había prestado testimonio de forma espontánea por lo menos cuatro veces.

Agregó que la vulneración de la confidencialidad de las conversaciones telefónicas de Lula da Silva, sus familiares y sus abogados buscaba monitorear y anticipar las estrategias defensivas y significaba una violación flagrante del derecho constitucional a una amplia defensa. Señaló que la interceptación de las comunicaciones de un estudio de abogados era una acción propia de un régimen totalitario.

Además, Mendes consideró que Moro había hecho públicas las conversaciones aun a sabiendas que ya no era competente en el caso, dado se mencionaba a la entonces presidenta Dilma Rousseff y porque la intención era exponer públicamente a Lula da Silva, quien, en ese momento, había sido designado ministro de la Casa Civil de la Presidencia (un cargo similar al de jefe de Gabinete).

El ministro también señaló el hecho de que Moro había intervenido, sin jurisdicción sobre el caso y mientras se encontraba de vacaciones, para evitar cumplir con la orden de liberación de Lula da Silva, otorgada por el juez federal Rogério Favreto en 2018. Por otro lado, según Mendes, la negativa de Moro a aportar prueba complementaria y la falta de delimitación precisa de una actuación de oficio corroboraban la tesis de que la condena había sido injusta.

Mendes también mencionó el levantamiento del secreto procesal de testimonios del exministro Antônio Palocci Filho, en un acuerdo de colaboración otorgado la semana previa a la primera vuelta de las elecciones de 2018. Indicó que esa decisión había sido cuidadosamente planificada para generar un hecho político de amplia repercusión. Finalmente, consideró que el hecho de que Moro aceptara la invitación del presidente electo Jair Bolsonaro para ser ministro de Justicia revelaba que el exjuez tenía interés político en la condena y encarcelamiento de Lula de Silva.

Por último, Mendes afirmó que la lucha contra la corrupción debía tener límites. En ese sentido, aseguró que no era posible aceptar la distorsión del Estado de derecho, ni que una sanción fuera impuesta de forma ilegítima o que el Estado violara sus propias reglas.

Por lo tanto, el ministro votó a favor del *habeas corpus* y por la nulidad de todas las decisiones de Moro en el caso de la compra de un triplex en Guarujá, incluidos los actos practicados en la etapa preprocesal. Sin embargo, enfatizó que la parcialidad del exjuez se basaba en hechos concretos y puntuales en relación con Lula de Silva y en beneficio de sus propios intereses políticos, pero que no se extendía a otras demandas o imputados de la operación Lava Jato.

El ministro Ricardo Lewandowski, por su parte, adhirió al voto de Mendes. Señaló que no se habían respetado los principios de imparcialidad del magistrado y del juez natural. Observó, en este sentido, que no existían indicios o hechos para vincular la acción penal con el juzgado de primera instancia de Curitiba, ya que el titular del bien jurídico, en los casos analizados, era la Unión. Entendió que este y otros procesos habían sido derivados a la competencia del juzgado de Curitiba sin respetar el debido proceso legal.

Lewandowski también destacó la ausencia de fundamento legal para la detención de Lula da Silva y aseguró que no se habían cumplido los requisitos legales necesarios para tomar esa decisión, ya que el expresidente nunca había dejado de cumplir con los actos procesales. Consideró que la autorización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas de Lula da Silva, sus familiares y sus abogados también era inaceptable, pues se deberían haber adoptado otras medidas de investigación previas.

Además, Lewandowski sostuvo que Moro había cometido un abuso de poder y despreciado por completo el sistema procesal, a través de la usurpación de los poderes del Ministerio Público Federal y de la Policía Federal. Concluyó que, dado que Moro había asumido un papel de verdadero coordinador de los organismos de investigación y acusación, en paralelo con su función jurisdiccional, no había duda de que había confundido indebidamente las atribuciones de juzgar y de acusar. Agregó que las motivaciones de esa confusión eran espurias.

En su voto, el ministro Nunes Marques destacó que las denuncias por parcialidad contra Moro ya habían sido objeto de análisis, incluso por parte del Tribunal Supremo Federal, en un recurso de apelación contra las decisiones del Tribunal Regional Federal de la IV Región. Consideró que el mecanismo correcto para tratar el asunto era el recurso por sospecha de parcialidad del juez, en el que había producción de prueba y la posibilidad de contradictorio y en la que se podía alegar, probar y evaluar la sospecha. Afirmó, sin embargo, que no existían esos elementos en el *habeas corpus*, que, por su estructura limitada, no permitía respetar la garantía del contradictorio.

Por otro lado, Nunes Marques aseguró que las conversaciones reveladas entre Moro y los fiscales que trabajaron en la operación Lava Jato habían sido obtenidas ilegalmente y, por lo tanto, no podían aceptarse en el proceso. Señaló que interpretar esos elementos de otra manera, incluso a favor de la defensa de alguien, sería una forma de legalizar la actividad de los piratas informáticos en Brasil.

La ministra Cármen Lúcia, que modificó su voto, explicó que, en el momento en que había desestimado el *habeas corpus*, las pruebas no eran suficientes para reconocer la parcialidad. Sin embargo, durante el proceso se aportaron elementos probatorios que demostraban la existencia de una articulación entre los demandantes procesales (el juez y los fiscales de la acusación) y que acreditaban la vulneración de la imparcialidad de Moro. Mencionó, en este sentido, el show que se había montado alrededor de la detención de Lula da Silva, sin intimación previa para declarar, junto con otros actos ordenados por Moro.

Lúcia consideró también que la interceptación de las comunicaciones telefónicas de los abogados del expresidente, sin adoptar otras medidas previas, había vulnerado la ley e imposibilitado la defensa. Sostuvo que la difusión de contenidos seleccionados de los audios capturados violaba el derecho a un juicio imparcial. Concluyó que todos merecían un juicio justo y un trato adecuado y que nadie tenía que sufrir persecuciones.

La ministra destacó que la decisión del Tribunal Supremo Federal solo era válida para Lula da Silva, ya que Moro había actuado de forma parcial solo en relación con él. También señaló que su voto no tomaba en cuenta las conversaciones publicadas en la prensa entre Moro y los fiscales de la operación Lava Jato, que no formaban parte del expediente.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, HC 164493, sentencia del 23-3-2021, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493VotoGM.pdf>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493VotoRL.pdf>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1>.



Derecho ambiental. Cambio climático. Emisión de gases de efecto invernadero. Objetivos de reducción. Adopción de medidas. (Francia).

Antecedentes del caso: en diciembre de 2015 se firmó el Acuerdo de París, basado en la Conferencia de partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC). De conformidad con el Acuerdo, la Unión Europea y Francia se comprometieron a combatir los efectos del cambio climático producidos, sobre todo, por el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero. En virtud de este compromiso, la Unión Europea y sus Estados Miembros decidieron reducir sus emisiones en un 30 % para el año 2030, en relación con los niveles de 2005, con un objetivo de reducción del 37 % para Francia. Además, Francia se propuso perseguir, por ley, un objetivo aún más ambicioso, a saber, la reducción de sus emisiones en un 40 % para 2030, en relación con los niveles de 1999.

En noviembre de 2018, la municipalidad de Grande-Synthe—ciudad francesa de la costa del Mar del Norte—, representada por su intendente, solicitó al presidente de la República, al primer ministro y al ministro de transición ecológica y solidaria, que tomaran todas las medidas necesarias para disminuir la curva de las emisiones de gas de efecto invernadero producidas en el territorio nacional, a fin de respetar los compromisos adoptados por Francia. Por otra parte, solicitó que se adoptaran todas las disposiciones de las iniciativas legislativas o reglamentarias para “hacer obligatoria la prioridad climática” y para prohibir cualquier medida susceptible de provocar un aumento en las emisiones de gas de efecto invernadero. Finalmente, solicitó que de inmediato el país pusiera en marcha medidas de adaptación al cambio climático.

La municipalidad y el intendente recurrieron ante el Consejo de Estado solicitando la anulación, por exceso de poder, de las decisiones de rechazo implícito que resultaron del silencio guardado durante más de dos meses por parte del presidente de la república, el primer ministro, el ministro de estado y el ministro de transición ecológica y solidaria respecto de sus reclamos.

La municipalidad de Grande-Synthe contó con el apoyo de las ciudades de París y de Grenoble, y de varias organizaciones ambientalistas como Oxfam France, Greenpeace France y Notre Affaire a Tous.

Sentencia: el Consejo de Estado rechazó todos los reclamos de la municipalidad de Grande-Synthe y solicitó al Gobierno la presentación de un informe pertinente, en un plazo de tres meses a partir de la notificación de la sentencia, a fin de evaluar si la negativa a adoptar medidas más estrictas se compadece con el nuevo proceso de reducción de emisiones implementado en abril para alcanzar el objetivo previsto para 2030.

En primer lugar, el Consejo de Estado observó que, a fin de implementar el Acuerdo de París, Francia se había comprometido a reducir las emisiones de gas de efecto invernadero en un 40 % para 2030, en relación con sus emisiones de 1999. Además, reafirmó su jurisprudencia en materia de acuerdos internacionales, relativa a la posibilidad de cada Estado signatario de tomar las medidas nacionales necesarias para asegurar su implementación. En este caso, Francia había establecido un proceso

de reducción de las emisiones que se dividía en cuatro períodos (2015-2018, 2019-2023, 2024-2028 y 2029-2030), cada uno de los cuales tenía un techo, llamado “presupuesto de carbono”, susceptible de una disminución progresiva.

El Consejo de Estado señaló que, para el período 2015-2018, el presupuesto carbono previsto había sido significativamente superado. En efecto, Francia había reducido una media del 1 % de sus emisiones por año cuando el techo imponía una reducción anual del 2.2 %. En este contexto, el 21 de abril de 2020 el gobierno había modificado por decreto el segundo y tercer presupuesto carbón y había establecido el cuarto. El decreto había bajado el objetivo de reducción de las emisiones para el período 2019-2023. En consecuencia, algunos de los esfuerzos planeados inicialmente habían sido pospuestos, lo cual implicaba una reducción de las emisiones a un paso que hasta el momento nunca se había conseguido.

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado consideró que requería información adecuada para evaluar si la negativa a adoptar medidas más estrictas era compatible con el nuevo proceso de reducción de emisiones adoptado en abril para alcanzar el objetivo previsto para 2030. Asimismo solicitó a las demás partes —ciudades y asociaciones ambientalistas— que aportaran cualquier otro elemento adicional de relevancia. De no resultar satisfactorios los elementos provistos, el Consejo de Estado consideraría solicitar más adelante que se implementen nuevas medidas para alcanzar el objetivo de un 40 % para 2030.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia n.º 427301 del 19-11-2020, en <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-11-19/427301>



Derecho ambiental. Construcción de una pista de aterrizaje de un aeropuerto. Política gubernamental. Acuerdo de París. Gases de efecto invernadero. Objetivo de cero emisiones netas. Desarrollo sustentable. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: el presente recurso ante la Corte Suprema del Reino Unido hace referencia a la legalidad de la Declaración de Política Nacional de los Aeropuertos (ANPS, por sus siglas en inglés) y su correspondiente reporte ambiental. La ANPS constituye el marco de política nacional aplicable a la construcción de una tercera pista de aterrizaje en el Aeropuerto de Heathrow.

Sucesivos gobiernos han evaluado la necesidad de aumentar la capacidad aeroportuaria en el sudeste de Inglaterra. En 2015, el secretario de Estado para el Transporte declaró que el Gobierno había evaluado la expansión del aeropuerto de Heathrow. En octubre de 2016, anunció la aceptación de un proyecto para la construcción de la pista noroeste (NWR, por sus siglas en inglés).

Paralelamente, el Reino Unido desarrollaba nuevas políticas en materia de medio ambiente y cambio climático. El 22 de abril de 2016 firmó el Acuerdo de París, que fue ratificado en noviembre del mismo año. El acuerdo establece diversos objetivos para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, especialmente de dióxido de carbono, y del aumento de la temperatura media mundial como consecuencia del calentamiento global.

Antes de que el Reino Unido ratificara el Acuerdo de París, la ministra de Energía y la secretaria de Energía y Cambio Climático —ambas miembros del Parlamento— hicieron declaraciones relativas al enfoque del Gobierno respecto de la implementación del acuerdo.

El 14 de marzo de 2016, la citada ministra declaró ante la Cámara de los Comunes que se debían tomar medidas para consagrar el objetivo del Acuerdo de París de cero emisiones netas en el Reino Unido, y que la cuestión no radicaba en si llevarlo a cabo o no, sino en cómo hacerlo, lo que suponía resolver una serie de interrogantes. Diez días después, la mencionada secretaria respondió a una pregunta en la Conferencia de Cambio Climático de París acerca de las medidas que su departamento estaba tomando para consagrar el objetivo del Acuerdo de París de cero emisiones netas y expresó, al igual que la ministra, que no había lugar a dudas acerca de la necesidad de llevar a cabo el objetivo, y que debía resolverse cómo hacerlo.

En junio de 2018, el secretario de Estado estableció a la ANPS como política nacional.

Los objetores al proyecto de la pista noroeste —entre otros, Friends of the Earth Ltd. y Plan B Earth (una organización no gubernamental y una organización benéfica, respectivamente, que se ocupan del cambio climático)— cuestionaron la legalidad de la declaración del secretario de Estado fundándose en diversas razones.

La *Divisional Court* —de la *High Court*— desestimó todas las demandas de los objetores. Los objetores recurrieron la sentencia.

En segunda instancia, la *Court of Appeal* confirmó buena parte de los fallos, pero admitió los recursos de Friends of the Earth y de Plan B Earth. Concedió en su favor una medida declarativa en la que se afirmaba que la ANPS carecía de efectos jurídicos y que el secretario de Estado había actuado ilegalmente al no tener en cuenta el Acuerdo de París al tomar su decisión de designar la ANPS.

El secretario de Estado no recurrió esta sentencia ante la Corte Suprema del Reino Unido. Sí, en cambio, lo hizo Heathrow Airport Ltd (HAL), la compañía titular del Aeropuerto de Heathrow, constituida en el proceso como parte interesada y autorizada a apelar. La HAL declaró que había invertido una gran suma de dinero en la promoción del proyecto de construcción de la pista este y que deseaba solicitar una autorización de desarrollo para llevarlo adelante.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido hizo lugar en forma unánime a cada uno de los reclamos del recurso promovido por la compañía Heathrow Airport Ltd.

1. Política gubernamental

El secretario de Estado estableció la ANPS conforme al art. 5.1 de la Ley de Planeamiento de 2008 (*Planning Act*). Esta norma establece que los marcos para el desarrollo de políticas nacionales como la ANPS deben incluir las razones por las cuales se justifica adoptar las políticas propuestas. El art. 5.8 de esa ley establece que, entre esas razones, se debe explicar de qué modo el proyecto en cuestión toma en cuenta las políticas gubernamentales existentes en materia de mitigación del cambio climático.

La Corte Suprema rechazó el argumento de la sociedad Plan B Earth de que las razones para adoptar la ANPS debían hacer referencia a los objetivos del Acuerdo de París para cumplir con lo ordenado por el art. 5.8. Las declaraciones efectuadas en marzo de 2016 por la ministra de Energía y la secretaria de Energía y Cambio Climático y la ratificación formal del Acuerdo de París no significa que el compromiso del Gobierno con el acuerdo constituya “una política gubernamental”, en el sentido en que este término es empleado en la ley en cuestión.

El significado de “política gubernamental” debe interpretarse de forma relativamente estricta, de acuerdo con el contexto, a fin de obtener una lectura sensata del art. 5.8. Una interpretación abierta del término supondría, al contrario, que todas las declaraciones realizadas por parte de empleados y funcionarios públicos en funciones deberían considerarse políticas en sentido amplio, lo que crearía una restricción significativa. La Corte Suprema del Reino Unido explicó que “política gubernamental”, en el contexto del art. 5.8, hace referencia a las declaraciones cuidadosamente formuladas por escrito sobre políticas que han sido aprobadas por los departamentos pertinentes a nivel gubernamental. Las declaraciones, de acuerdo con el estándar mínimo absoluto, deben ser claras, inequívocas y desprovistas de cualificación relevante. La Corte Suprema no consideró que las declaraciones de las mencionadas funcionarias cumplieran con este estándar mínimo. No fueron claras, no hicieron referencia alguna a los objetivos del Acuerdo de París y no explicaron cómo el objetivo de “cero emisiones netas (de dióxido de carbono)” se incorporaría en la legislación inglesa.

Los recurrentes solicitaron a los tribunales inferiores decidir si correspondía admitir dentro de la categoría de “políticas gubernamentales” a los tratados internacionales que tienen una ratificación formal pero que no están incorporados al derecho interno, como el Acuerdo de París. Aunque FoE y Plan B Earth no mantuvieron esta solicitud ante la Corte Suprema, la Corte explicó que el hecho de que el Reino Unido haya ratificado el Acuerdo de París no constituye en sí mismo una declaración de política gubernamental en el sentido requerido. La ratificación es un acto en el plano internacional, que genera obligaciones al Estado en materia de derecho internacional, las que continúan independientemente de que un determinado gobierno permanezca en el poder y que, en tanto que obligaciones derivadas de un tratado, “no forman parte del derecho del Reino Unido y no dan lugar a ningún derecho u obligación legal en el derecho interno” (*R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2018] AC 61, para 55). La ratificación no constituye un compromiso que opere en el plano del derecho interno para cumplir las obligaciones derivadas del tratado.

Además, no puede considerarse en sí misma como una declaración desprovista de cualificación relevante a efectos del derecho interno, dado que si las obligaciones que emanan del tratado debieran tener efecto en el derecho interno, sería necesaria una adecuación legislativa que sería incierta e inespecífica en el momento de la ratificación del tratado.

El art. 1 de la Ley de Cambio Climático (*Climate Change Act*) de 2008 establece un objetivo de emisiones de carbono. El art. 4 obliga al Gobierno a establecer límites máximos de emisiones de carbono para el Reino Unido. Estos límites son mucho más estrictos que aquel que el Reino Unido está obligado a cumplir actualmente conforme al Acuerdo de París. La Corte Suprema sostuvo que cuando se estableció la ANPS, en junio de 2018, no existía una “política gubernamental” relativa al cambio climático más allá de la reflejada en la ley de 2008.

2. Desarrollo sustentable

El art. 10, puntos 2 y 3, de la Ley de Planeamiento de 2008 exige al secretario de Estado establecer marcos para la puesta en práctica de políticas nacionales que contribuyan a un desarrollo basado en la sustentabilidad. El secretario debe tener en cuenta los objetivos ambientales, económicos y sociales que constituyen el desarrollo sustentable y debe considerar, especialmente, la conveniencia de la mitigación y adaptación al cambio climático.

La Corte Suprema desestimó el argumento de FoE acerca de que el secretario de Estado hubiera incumplido, con la emisión de la ANPS, el deber de contemplar lo establecido en el Acuerdo de París. La Corte Suprema sostuvo que las pruebas demostraban que el secretario de Estado tomó en cuenta el Acuerdo de París y, en la medida en que sus obligaciones estaban comprendidas en las disposiciones de la Ley de Cambio Climático de 2008, garantizó que fueran incorporadas al marco de la ANPS.

Agregó que, dado que el Acuerdo de París podría requerir en un futuro la aplicación de medidas que van más allá de las contempladas actualmente en la Ley de Cambio Climático, el secretario de Estado consideró la posibilidad de darle mayor relevancia dentro de la ANPS a lo convenido en el acuerdo, pero concluyó que no era necesario. En efecto, la relevancia atribuida a una cuestión en particular queda a discreción de quien toma las decisiones, en este caso, del secretario de Estado. Declaró que el poder discrecional del secretario es legítimo: un funcionario podría ser objetado en el supuesto de que una decisión fuera irrazonable al punto de poner en tela de juicio su capacidad de toma de decisiones, lo que no ocurre en este caso. La ANPS fue estructurada cuidadosamente para garantizar que, cuando HAL solicitara la autorización para construir la pista de aterrizaje, tuviera que demostrar la compatibilidad del proyecto con los requerimientos actuales conforme a las medidas del Acuerdo de París y de la Ley de Cambio Climático de 2008.

3. Emisiones para el año 2050 y emisiones de gases de efecto invernadero distintos del dióxido de carbono (no CO_2)

La Corte Suprema desestimó el argumento de FoE de que el secretario de Estado había incumplido el deber de promover la sustentabilidad, según ordena el

art. 10, por no tener en cuenta, en primer lugar, las consecuencias que se prevé que tendrán las emisiones de gases de efecto invernadero producidas en las pistas del noroeste para el año 2050, y, en segundo lugar, las consecuencias de las emisiones de gases de efecto invernadero distintos del dióxido de carbono. Las políticas de Reino Unido respecto de los objetivos globales del Acuerdo de París, incluso el objetivo de cero emisiones netas para 2050, estaba en vías de desarrollo en junio de 2018.

El secretario de Estado no actuó de modo insensato por haber decidido no evaluar las emisiones para 2050 en función de políticas futuras que todavía no habían sido desarrolladas. En junio de 2018, la Secretaría de Estado también evaluaba cómo responder al efecto de las emisiones de gases de efecto invernadero distintos del dióxido de carbono.

La Corte Suprema sostuvo, además, que las futuras solicitudes de autorización para el desarrollo de la pista del noroeste serán evaluadas en función de los objetivos de emisiones y las políticas ambientales vigentes en esa fecha, y no según las establecidas en la ANPS.

4. Informe ambiental

El art. 5.3 de la Ley de Planeamiento del 2008 exige al secretario de Estado que elabore una evaluación de la sustentabilidad con respecto a marcos como el ANPS.

Esto también lo exige la legislación de la Unión Europea. La Directiva 2001/42/CE, transpuesta a la legislación nacional por la Evaluación Ambiental de normativas de Planes y Programas de 2004 (SI 2004/1633), exige que el secretario de Estado elabore un informe ambiental con respecto a los planes y propuestas importantes, como la ANPS.

El informe debe incluir información sobre los objetivos pertinentes de protección del medio ambiente establecidos a nivel internacional, en la Unión Europea o a nivel nacional, y sobre la forma en que estos objetivos se han tenido en cuenta durante la elaboración del plan, en la medida en que sea razonablemente necesario. La evaluación de la sustentabilidad que acompañaba a la ANSP tenía por objeto cumplir los requisitos nacionales y de la Unión Europea en materia de evaluación de la sustentabilidad e informe ambiental, respectivamente.

La Corte Suprema desestimó la denuncia de que la evaluación de sustentabilidad incluida en la ANPS fuera defectuosa por no hacer referencia al Acuerdo de París. Enfatizando que el objetivo del informe consiste en brindar una base para la consulta pública, sostuvo que no debe adoptarse un enfoque legalista para su evaluación. La determinación acerca de si un informe brinda o no una base de consulta pública sólida y suficiente queda a discreción del secretario de Estado, cuyo ejercicio de poder solo sería ilegítimo en el supuesto de que la decisión tomada fuera a tal punto irrazonable que diera lugar a la hipótesis de la incapacidad del funcionario para la toma de decisiones. Sin este poder discrecional, las autoridades públicas podrían adoptar un enfoque excesivamente defensivo y contraproducente, pues supondría la inclusión de un exceso de detalle que no resultaría útil a los efectos de informar al público general, lo cual es contrario al objetivo de la directiva.

En esta instancia, los objetivos establecidos en Ley de Cambio Climático de 2008, a los cuales se hizo referencia en la evaluación de sustentabilidad, contemplaron de modo satisfactorio las obligaciones del Reino Unido respecto del Acuerdo de París.

Por lo tanto, la Corte Suprema también confirmó la sentencia en cuanto a este fundamento de apelación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL REINO UNIDO, *R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others) (Respondents) v Heathrow Airport Ltd (Appellant) [2020] UKSC 52* On appeal from: [2020] EWCA Civ 214, sentencia del 16-12-2020, en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0042-judgment.pdf>



Derecho ambiental. Derecho a la libertad de información. Acceso a la información de documentos elaborados por agencias estatales federales. Excepciones. Excepción de privilegio del proceso deliberativo. (Estados Unidos).

Antecedentes del caso: en 2011 la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos propuso un reglamento en relación con las “estructuras de ingreso de agua refrigerada”, que se utilizan para enfriar equipos industriales. Debido a que animales y plantas acuáticas pueden quedarse atrapadas en estas estructuras y morir, la Ley de Especies en Peligro de Extinción de 1973 estableció que la Agencia de Protección Ambiental debía realizar una consulta al Servicio de Pesca y Vida Silvestre de los Estados Unidos y al Servicio Nacional de Pesca Marina antes de proceder. Una vez cumplido este requisito exigido por la ley, los dos servicios elaboran una “opinión biológica” oficial (conocida como una opinión biológica de riesgo o de no riesgo) que analiza si la propuesta enviada por la agencia pondrá en riesgo la existencia de especies amenazadas o en peligro de extinción (ver art. 402.14 .h.1.IV del Título 50 del Código de Leyes Federales). En este caso, el dictamen de una opinión biológica de riesgo requeriría que la agencia implemente ciertas alternativas planteadas por los servicios, ponga fin a la acción por completo o solicite una exención (ver arts. 1536.b.4, g, 1538.a del Título 16 del Código de los Estados Unidos). Luego de consultar a los servicios, la agencia efectuó cambios al reglamento propuesto y, en noviembre de 2013, les envió la nueva versión. Algunos funcionarios de los servicios completaron documentos internos con las opiniones biológicas y concluyeron que era probable que el reglamento propuesto en 2013 pusiera en peligro a determinadas especies. Los funcionarios enviaron estos dictámenes a los responsables de tomar decisiones dentro de cada área de los servicios, que no los aprobaron ni los enviaron a la agencia. En cambio, los servicios archivaron oficialmente el registro de opiniones biológicas y acordaron con la agencia prorrogar el período de consulta. Más tarde, cuando estas discusiones

culminaron, en marzo de 2014, la agencia remitió a los servicios una nueva propuesta de reglamento revisada que difería significativamente de la versión del año anterior. Los servicios se manifestaron de acuerdo con que era poco probable que el reglamento modificado facilitara el daño de alguna especie protegida, por lo que emitieron una opinión biológica conjunta y final de no riesgo. Ese mismo día la agencia dictaminó la versión final del reglamento.

La organización ambiental Sierra Club presentó, de conformidad con la Ley de Libertad de Información, pedidos para acceder a los registros relacionados con las consultas realizadas por la agencia a los servicios. En un hecho significativo para este caso, los servicios invocaron la excepción de privilegio del proceso deliberativo para evitar la divulgación de los dictámenes internos de las opiniones biológicas que analizaban el reglamento propuesto en 2013.

En consecuencia, Sierra Club interpuso una demanda para acceder al contenido de esos documentos reservados. La Cámara Federal de Apelaciones del Circuito IX sostuvo que los dictámenes internos de las opiniones biológicas no estaban alcanzados por la excepción de privilegio porque, a pesar de que eran considerados borradores, representaban la opinión definitiva de los servicios en relación con el reglamento propuesto por la agencia en 2013.

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

Sostuvo que el privilegio del que gozaba el proceso deliberativo protegía a los dictámenes internos de las opiniones biológicas de la obligación de divulgación establecida por la Ley de Libertad de Información, más allá de que estos documentos fueran preliminares o deliberativos, y aun cuando reflejaran las opiniones finales de las agencias del Estado respecto de una propuesta determinada.

1. La Ley de Libertad de Información ordena la divulgación de los documentos elaborados por las agencias estatales federales, a menos que esos documentos se encuentren alcanzados por determinadas excepciones (ver art. 552.b del Título 5 del Código de los Estados Unidos). Una de esas excepciones es el privilegio del que goza el proceso deliberativo, que garantiza la no divulgación de los documentos que reflejen deliberaciones y opiniones consultivas sobre el procedimiento que utiliza el Gobierno para elaborar sus decisiones y políticas (ver *NLRB v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S.132, p. 150 —1975—). La excepción de privilegio tiene como objetivo fortalecer la toma de decisiones de la agencia u órgano del Estado, ya que promueve la imparcialidad y mitiga el efecto desalentador que implica la perspectiva de la divulgación. La excepción hace una distinción entre los documentos deliberativos exceptuados de ser divulgados y los que no lo están, que son los documentos que reflejen la decisión final tomada por una agencia estatal y que expongan sus fundamentos (ver *Renegotiation Bd. v. Grumman Aircraft Engineering Corp.*, 421 U.S. 168, p. 186 —1975—). Un documento no representa la decisión final de una agencia únicamente porque es el último y nada le sigue a continuación; en ocasiones una propuesta pierde vigor o languidece. El punto relevante es si la agencia considera al escrito como su visión final y como conclusión del proceso deliberativo para

elaborar las decisiones y políticas gubernamentales, lo que le otorga al documento un “efecto operativo real” (ver *Sears*, 421 U.S., págs. 150, 160).

2. La excepción de privilegio que alcanza al proceso deliberativo protege de la divulgación a los dictámenes de las opiniones biológicas, ya que reflejaban un punto de vista preliminar —y no una decisión final— sobre el reglamento propuesto por la agencia en 2013. El contexto administrativo confirma que los proyectos de las opiniones estaban sujetos a modificaciones y no tuvieron consecuencias legales directas. Dado que los encargados de tomar las decisiones no aprobaron ni enviaron los escritos a la agencia, su descripción más adecuada no es como documentos internos de opiniones biológicas, sino como borradores de borradores de opiniones biológicas. Si bien los escritos podrían haber tenido el efecto práctico de causar que la agencia revise el reglamento propuesto, la excepción de privilegio es aplicable al caso porque los servicios no consideraron a los documentos como definitivos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States Fish and Wildlife Service Et Al. v. Sierra Club, Inc.*, sentencia del 4-3-21, en https://www.supreme-court.gov/opinions/20pdf/19-547_new_i42k.pdf



Derecho de defensa. Garantía de no autoincriminación. Presunción de inocencia. Derecho a la tutela judicial efectiva. Igualdad ante la ley. Presunción de inocencia. (España).

Antecedentes del caso: en diciembre de 2014, la Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC) publicó en su página web (www.augc.org) un artículo titulado “AUGC Cádiz denuncia los malos tratos de mandos en los acuartelamientos de Arcos de la Frontera y Ubrique”. Se refería a ciertos comportamientos del alférez adjunto a la Compañía de Villamartín de la Guardia Civil con residencia en el cuartel de Ubrique. Días después, el alférez demandó en vía civil a la AUGC para que rectificara la información publicada. Algunos guardias civiles fueron llamados como testigos.

En mayo de 2015, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ubrique desestimó la pretensión del alférez. No hizo lugar a la rectificación porque lo solicitado excedía el cauce del procedimiento de rectificación, dado que no se pretendía la rectificación de hechos concretos y objetivos o de algún dato inexacto que lo afectase y que se refiriese directamente a él, sino la modificación de un artículo entero, sin especificar cuál era la redacción alternativa que proponía y que permitiese incluir su versión sobre lo acontecido. En sus fundamentos, la sentencia afirmó que había quedado acreditado que el artículo publicado reflejaba las denuncias presentadas en la asociación por los guardias.

En junio de 2015, el alférez emitió partes disciplinarios contra los guardias civiles que habían declarado como testigos, por dos faltas graves: desconsideración

con los superiores en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas y vulneración del secreto profesional. Como pruebas, aportó el artículo publicado en la web de AUGC, la grabación audiovisual de la audiencia en el juicio verbal civil sobre derecho de rectificación y la sentencia que desestimó la acción ejercitada en el juicio verbal. Se incoó la correspondiente actuación disciplinaria.

En abril de 2016, el director general de la Guardia Civil impuso al guardia civil J. C. C., que había declarado en el juicio verbal civil, y a otro de los guardias civiles que testificaron, la sanción de pérdida de destino en la Comandancia de Cádiz por dos años por el cargo de desconsideración con los superiores en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. No se hizo declaración de responsabilidad respecto al tercer guardia civil que había testificado.

Agotada la vía administrativa, J. C. C. interpuso un recurso contencioso disciplinario militar contra la resolución que había establecido la sanción. Alegó la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE). Solicitó la nulidad del procedimiento, ya que la prueba de cargo derivaba de haber prestado declaración en un procedimiento verbal civil promovido por el redactor del parte disciplinario, y en calidad de testigo y no de parte interesada.

En mayo de 2018, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central desestimó la impugnación. Concluyó que “el hecho de haber sido llamado a deponer como testigo en un juicio verbal civil para el ejercicio del derecho de rectificación no impide ni obstaculiza el ejercicio de la competencia sancionadora en vía disciplinaria emprendida por el Mando y examinada ahora en este recurso contencioso disciplinario jurisdiccional. Dicho en otras palabras, no se le ha sancionado disciplinariamente por otras razones que aquellas que figuran en la resolución atacada”.

J. C. C. interpuso un recurso de casación contra esta sentencia. Alegó cuatro motivos: a) lesión del derecho fundamental a la defensa, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE); b) caducidad del procedimiento; c) vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y d) desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción, con vulneración del art. 19 LORDG.

En marzo de 2019, la Sala Quinta del Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la decisión del Tribunal Militar Central.

Entonces, J. C. C. promovió un recurso de amparo. Sostuvo que ambas resoluciones habían vulnerado el derecho de defensa, a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia (24.2 CE). Alegó que las resoluciones habrían dado valor autoincriminatorio a las afirmaciones que había realizado durante la declaración testimonial realizada en un procedimiento verbal civil. Argumentó que la grabación de la audiencia y la transcripción de la declaración no podrían utilizarse como elementos de prueba porque habían sido obtenidos en una declaración testimonial bajo la obligación de decir verdad, y sin que nadie leyera sus derechos acerca de si podía o no optar por no declarar ante la posibilidad de que sus afirmaciones luego pudieran emplearse en su contra.

Por otro lado, J. C. C. alegó que la sentencia del Tribunal Militar Central había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), en relación con el principio de igualdad en la aplicación de la ley (14 CE) y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (9.3 CE) por cambio de criterio en asuntos iguales. Señaló que la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, en un supuesto idéntico, habría apreciado la vulneración de los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia. Agregó que la sentencia del Tribunal Supremo no habría salvado esta situación. Además, sostuvo que la sentencia del Tribunal Supremo había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por haber aplicado indebidamente el efecto de cosa juzgada material de una sentencia civil y utilizarlo como prueba de cargo en un procedimiento disciplinario sancionador, lo que lesionaba la presunción de inocencia así como el derecho a obtener una respuesta fundada en derecho. Solicitó el reconocimiento de los derechos vulnerados y su restablecimiento, que se declarase la nulidad de las sentencias y de las resoluciones administrativas antecedentes y retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal Central Militar de mayo de 2018, para que esa misma sala dictara una nueva sentencia, respetuosa tanto de los derechos fundamentales a la defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE como de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España admitió el recurso de amparo interpuesto por el guardia civil J. C. C. Declaró que había sido vulnerada su garantía de no autoincriminación como manifestación específica de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Dispuso restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declaró la nulidad de ambas sentencias y resolvió retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera de ellas, para que el órgano judicial, sin recurrir a argumentos contrarios al contenido propio de la garantía de no autoincriminación, hiciera un análisis suficiente de las cuestiones planteadas por esta garantía.

1. La Sección Primera del Tribunal Constitucional admitió el recurso de amparo por su especial trascendencia constitucional, dado que planteaba un problema o afectaba a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no había precedentes.

2. Tras efectuar un análisis —tanto de sus precedentes como de los elaborados por la Corte Europea de Derechos Humanos— sobre si la garantía de no autoincriminación aparecía lesionada en las sentencias impugnadas, el Tribunal Constitucional señaló que J. C. C. fue quien había informado, en el marco del proceso civil, haber sido la fuente de los datos reflejados en el artículo publicado en la web de la AUGC, noticia que generó la grave desconsideración hacia el alférez. Por lo tanto, se cumplía el elemento subjetivo de la garantía de no autoincriminación: la información inculpatoria debía ser suministrada por la misma persona a la que incriminaba y no por un tercero.

Además, el Tribunal Constitucional advirtió que la declaración de J. C. C. no había sido voluntaria, sino forzada. Se trataba de una declaración testimonial

y, en su condición de testigo, estaba obligado a responder a las preguntas de una manera exacta al estar apercibido de la pena establecida para el falso testimonio. Esta declaración constituía una aportación coactiva de información, lo que también resultaba avalado por la jurisprudencia de la CEDH, que enuncia la obligación de declarar bajo amenaza de sanciones como una de las situaciones en que cabe pensar que hay una compulsión lesiva del art. 6 CEDH. Finalmente, el Tribunal Constitucional destacó que la información aportada coactivamente por el testigo en el pleito civil había tenido posteriormente eficacia inculpativa en el procedimiento disciplinario que había derivado en la sanción.

En conclusión, ni la grabación de la vista oral, ni su transcripción parcial, ni las declaraciones fácticas de la sentencia civil, ni el parte del mando presentaban un valor inculpativo que fuera autónomo de las manifestaciones del testigo. Estas declaraciones, directamente o por reflejo, terminaron teniendo, en el procedimiento disciplinario, eficacia autoinculpativa para J. C. C.

3. Respecto de las sentencias impugnadas, el Tribunal Constitucional estimó que ambos tribunales habían resuelto en función de argumentos que eran contrarios al contenido propio de la garantía de no autoinculpativa o reflejaban un examen insuficiente de la cuestión constitucional que esa garantía planteaba.

4. El Tribunal Constitucional estimó que la línea argumental utilizada en la sentencia dictada por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central no resultaba *per se* lesiva del derecho invocado. En la perspectiva de la garantía constitucional de no autoinculpativa como manifestación de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia, el hecho de que un sujeto deponga como testigo (y por ello sometido forzosamente a declarar sobre unos hechos y a hacerlo de un modo exacto) en un proceso civil, o en cualquier otro procedimiento de naturaleza no penal, no constituye necesariamente un obstáculo para que, en un procedimiento posterior de naturaleza penal, le sea impuesto un castigo por los mismos actos. Esta condena resultaría constitucionalmente admisible, en lo que hace a la garantía de no autoinculpativa, si se fundase en elementos de prueba distintos y razonablemente autónomos con respecto a la aportación coactiva de información de su declaración testimonial.

Por el contrario, sería lesiva de la garantía de no autoinculpativa la condena o sanción que se sustentase exclusivamente en la manifestación coactiva del testigo o en una prueba derivada de ella. No basta con razonar de un modo genérico que deponer como testigo en un juicio verbal civil para el ejercicio del derecho de rectificación no impide ni obstaculiza el ejercicio de la competencia sancionadora en vía disciplinaria. Habría sido necesario que el órgano judicial examinase si, conforme a las circunstancias del caso concreto, la sanción del guardia civil se apoyaba únicamente en su previa declaración como testigo en el pleito civil o si, en cambio, existían elementos de prueba distintos y razonablemente autónomos que habían dado sustento a la resolución sancionadora. Solo en el segundo caso se podría concluir que la garantía constitucional de no autoinculpativa había sido respetada. Por eso, el Tribunal Constitucional estimó que en esa sentencia no se había examinado suficientemente las cuestiones que planteaba el caso respecto de la garantía de no autoinculpativa.

5. La sentencia dictada en casación por la Sala Quinta del Tribunal Supremo también descartó que, en la sanción disciplinaria impugnada, concurriese una vulneración de la garantía de no autoincriminación como manifestación de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia. Fundó su desestimación en que “la virtualidad de tales derechos rige en el procedimiento disciplinario, sin que alcance a actuaciones no realizadas en el mismo, como es el caso”. Esta motivación giró en torno a establecer los elementos que conformaban el contenido propio de la garantía de no autoincriminación, que es la cuestión que se discutió ante el Tribunal Militar Central y que reprodujo J. C. C. en el recurso de casación. Se trata, por lo tanto, de un aspecto de los derechos constitucionales a la defensa y a la presunción de inocencia que ha sido objeto de debate procesal en dos ocasiones, y una de ellas ante el propio Tribunal Supremo, lo que exime al recurrente de promover un incidente de nulidad de actuaciones para, en relación con esta concreta invocación, entender agotada la vía judicial previa al recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional observó que la primera de las razones esgrimidas en esa sentencia, según la cual la garantía de no autoincriminación como expresión de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia carece de eficacia frente a aportaciones coactivas de información no realizadas dentro del procedimiento disciplinario, sino fuera de él, se separaba abiertamente de la doctrina constitucional y de la CEDH. La declaración coactiva, aunque por fuera del procedimiento de naturaleza penal, cobró valor inculpativo dentro de este último, que es donde deben desplegarse las cautelas para evitar que el derecho a no autoincriminarse sea vulnerado.

Asimismo, el Tribunal Constitucional notó que las garantías procesales de obligado cumplimiento establecidas en el pleito civil de rectificación, o en cualquier otro procedimiento de naturaleza no penal, se orientaban como regla general a la mejor realización de los intereses jurídicos directamente implicados. Por esta razón, el órgano judicial que, en un proceso civil de rectificación, considera relevante para dirimir el litigio llamar a una persona a declarar como testigo está cumpliendo su función de ejercer la jurisdicción que le corresponde y de, además, dar la eficacia debida al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes. La verificación de que la garantía constitucional de no autoincriminación sea respetada y el establecimiento de las cautelas procesales para que su protección sea efectiva corresponderá, en principio, al procedimiento de naturaleza penal en que la declaración coactiva pueda resultar autoinculpativa, en este caso, a la actuación disciplinaria seguida contra el guardia civil recurrente. Con el último argumento sucede lo mismo que con la motivación del Tribunal Militar Central, que no es *per se* lesiva de la garantía de no autoincriminación, pero revela un examen insuficiente de las cuestiones que esa garantía suscita en este caso. Habría sido necesario que la Sala Quinta del Tribunal Supremo hubiera examinado si, conforme a las circunstancias concretas, la fijación de los datos fácticos que hizo la sentencia civil, y en la que se apoyó el reproche disciplinario, era consecuencia directa de la declaración del testigo o, por el contrario, se sustentaba en elementos de prueba distintos y razonablemente autónomos. Solo en el segundo caso se podía concluir que la garantía constitucional de no autoincriminación no había sido comprometida.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional anuló las sentencias impugnadas y ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, para que este tribunal hiciera un análisis suficiente de la garantía de no autoincriminación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Primera, recurso de amparo 2914-2019, promovido por J. C. C. contra la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo del 14-3-2019, dictada en el recurso de casación contencioso 79/2018, así como contra la sentencia dictada por la Sala de Justicia del Tribunal Central Militar del 9-5-2018, dictada en el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario 151/2016, sentencia del 15-2-2021, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_017/2019-2914STC.pdf.



Derecho de familia. Derecho a la manutención del hijo mayor de edad. Abuso. Límites. Principio de autorresponsabilidad. Deber del hijo mayor de edad de trabajar para autosustentarse. (Italia).

Antecedentes del caso: la madre de un docente de música precarizado de 33 años de edad interpuso un recurso ante la Corte de Casación de Italia contra una sentencia de la Corte de Apelaciones de Florencia que había decidido retirar la asignación que su exmarido abonaba para la manutención del hijo.

La Corte de Apelaciones había sostenido que la obligación de manutención de los padres cesa cuando el hijo alcanza la capacidad para mantenerse —presuntamente después de los 30 años de edad— cuando, en todas partes del mundo excepto en Italia, se considera que una persona normal es autosuficiente desde todo punto de vista, incluso el económico. Asimismo, había considerado que la falta coyuntural de trabajo en ciertos momentos históricos no equivale a una incapacidad para mantenerse ya que también puede interesar a personas de mayor edad, y que, por lo tanto, ello no implicaba que la obligación parental de manutención deba perdurar, cuando, además, la necesidad podría ser cubierta por un seguro de desempleo.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia rechazó el recurso interpuesto y condenó a la recurrente al pago de €3200 en concepto de costas.

La recurrente alegó que, en el caso de que el hijo mayor de edad no goce de réditos suficientes para mantenerse, siempre tiene derecho a recibir una asignación de los padres por no haber alcanzado una independencia económica completa mediante el trabajo elegido, cuando se adecua a sus aspiraciones y es apto para insertarlo —con el debido prestigio— en el contexto económico-social.

La Corte de Casación estimó que la aseveración de la recurrente era infundada porque existen varias situaciones que excluyen el derecho de los hijos a la manutención

por parte de los padres. La obligación de los padres no puede durar *sine die* y, en consecuencia, aparte de los casos de discapacidad física o psíquica tutelados por el ordenamiento encuentra su límite lógico y natural cuando los hijos desarrollan una efectiva actividad laboral que les permite una independencia económica; cuando alcanzan una edad suficiente para valerse por sí mismos, y cuando se encuentran en otro núcleo familiar o de vida en común y han interrumpido el vínculo y la dependencia moral y material con la familia de origen.

En lo que respecta a la autonomía del hijo, la Corte sostuvo que puede observarse una evolución del derecho viviente que toma en cuenta los tiempos cambiantes e invoca cada vez más el principio de autorresponsabilidad. Si tiempo atrás se consideraba que el hijo alcanzaba la capacidad para mantenerse a sí mismo una vez que lograba ubicarse adecuadamente en el seno de la sociedad y percibir un rédito correspondiente a la profesionalidad adquirida, las condiciones cambiantes del mercado laboral y la frecuente falta de autonomía han llevado a considerar que el aumento en la edad del hijo reviste una importancia notable porque se habla de una “función educativa de la manutención” y “del tiempo necesario para su inserción en la sociedad” (ver sentencia de la Corte de Casación de Italia n.º 18076/2014).

La Corte reiteró lo sostenido en sus sentencias del 2016 y 2018, es decir, que la obligación de manutención no puede vincularse exclusivamente a que el hijo no encuentre una ocupación totalmente coherente con sus estudios. En efecto, el rechazo de ocupaciones que no corresponden perfectamente a las propias expectativas puede constituir comportamientos inerciales. El hijo debe buscar un trabajo a fin de asegurarse su sustento autónomo, mientras espera encontrar un empleo más cercano a sus aspiraciones. No puede pretender que en su lugar sea el progenitor quien deba adaptarse a cualquier trabajo.

La Corte consideró que las elecciones personales deben ser confrontadas con las libertades y los derechos de igual dignidad de terceros. Recordó que en su jurisprudencia, a menudo se ha hecho referencia al principio de autorresponsabilidad a medida que la evolución de los tiempos ha llevado a acentuar los vínculos entre la pretensión de los derechos y el cumplimiento de los deberes, los cuales se encuentran indisolublemente unidos en el art. 2 de la Constitución.

El derecho al mantenimiento del hijo mayor de edad no puede surgir de un abuso o de la mala fe. En efecto, para que sea entendido correctamente, es necesario que la situación económica concreta no sea fruto de elecciones irrazonables y sustancialmente orientadas a instaurar un régimen de asistencialismo contraproducente, con un desinterés por la búsqueda de una debida independencia económica.

La Corte estimó que no es necesaria una prescripción legislativa que fije la edad en que la obligación de manutención del hijo debe cesar. La ley presupone que ese límite se encuentra cuando se alcanza la mayoría de edad y la capacidad laboral, entendida como idoneidad para desarrollar un trabajo remunerado. Ello significa que, después de transcurrido un lapso de tiempo suficiente tras la obtención de un título de estudio, el derecho del hijo a ser mantenido ya no puede admitirse. Por tanto, la obligación de manutención cesa con la mayoría de edad del hijo. Luego, la obligación

puede subsistir si es establecida por el juez. Si persiste una conducta caracterizada por la intencionalidad (como por ejemplo un estilo de vida deliberadamente desordenado e inconducente), o por la culpa (como por ejemplo la búsqueda eterna de un trabajo, sin una toma de conciencia de las propias competencias reales), el hijo, ciertamente, no habrá demostrado que tiene derecho a la manutención. En consecuencia, la prueba del derecho a la asignación de mantenimiento será más gravosa a medida que la edad del hijo aumenta hasta configurar un “hijo adulto” en razón del principio de autorresponsabilidad, en relación con las elecciones de vida hechas hasta ese momento y al empeño demostrado en la búsqueda de una calificación profesional suficiente y de una inserción laboral.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 17183 del 14/8/2020, en https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7B61df2103-348f-4654-aa87-450a77c-c8333%7D_cassazione-civile-ordinanza-_17183-2020.pdf



Derecho de familia. Derecho al reconocimiento de la homopaternidad. Unión civil entre mujeres. Fecundación médicamente asistida. Registro de ambas mujeres como progenitoras del niño concebido por una de ellas. Madre intencional. Derecho del menor a una familia. Interés superior del menor. Incumbencia del legislador. (Italia).

Antecedentes del caso: una mujer, ligada a otra mujer por unión civil, concibió en el extranjero —mediante técnicas de fecundación heteróloga— un hijo que luego nació en Italia. Ambas mujeres promovieron un juicio para rectificar el acta de nacimiento del niño, dado que el registro civil se había opuesto a su solicitud de que el menor fuera registrado como hijo de ambas y no solamente de quien lo había dado a luz.

En relación con este caso, el Tribunal de Venecia planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad del art. 1.20 de la Ley n.º 76/2016 sobre reglamentación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y sobre la normativa de las convivencias. Señaló que ese artículo, en relación con el art. 29.2 del Decreto del Presidente de la República n.º 396/2000 (reglamento para la revisión y la simplificación del ordenamiento del estado civil con arreglo al art. 2.12 de la Ley n.º 127/1997), limitaba la aplicabilidad de las leyes especiales, para las parejas del mismo sexo unidas civilmente, solo a los derechos y deberes surgidos de la unión civil. Por eso, indicó que ese artículo no permitía que ambas mujeres fueran registradas en el acta de nacimiento del hijo como progenitoras, aunque estuvieran unidas civilmente y hubieran recurrido, en el extranjero, a la procreación médicamente asistida.

Según el Tribunal de Venecia, habría una violación de los arts. 2, 3.1/2 y 30 de la Constitución italiana y también del art. 117.1 de la Constitución en relación con el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y con la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular con su art. 2. De tales fuentes surgiría un principio internacional definitivamente consolidado, por el cual el matrimonio ya no constituiría un *discrimen* en las relaciones entre padres e hijos. En efecto, a los padres no solo se les ha reconocido el derecho a formar una familia, sino también a convertirse en padres inclusive más allá de los límites impuestos por la naturaleza (esterilidad, identidad sexual de la pareja), mediante la manifestación de su voluntad, desvinculada del dato biológico. En cuanto a los hijos, ellos deben gozar de una misma tutela, independientemente de la manera de vincularse de quienes asuman su paternidad.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad del art. 1.20 de la Ley n.º 76/2016 y del art. 29.2 del Decreto del Presidente de la República n.º 396/2000.

La Corte Constitucional recordó que en Italia, de acuerdo con el art. 5 de la Ley n.º 40/2004 (normas en materia de procreación médicamente asistida), solamente las parejas heterosexuales podían acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida.

En su sentencia n.º 221/2019, la Corte Constitucional había afirmado que la exclusión de las parejas formadas por dos mujeres de la procreación médicamente asistida no era fuente de discrepancias ni de una discriminación basada en la orientación sexual. Asimismo, en su sentencia n.º 237/2019 había considerado que si bien la Ley n.º 76/2016 reconocía la dignidad social y jurídica de las parejas formadas por personas del mismo sexo, no les permitía la filiación, tanto adoptiva como por fecundación asistida, por cuanto el art. 1.20 de esa ley remitía a disposiciones sobre el matrimonio que excluían a las que regulaban la paternidad, la maternidad y la adopción legítimante.

En realidad, los preceptos de los arts. 2, 3 y 30 de la Constitución y los parámetros europeos y convencionales invocados no permitían una interpretación que adaptara la normativa impugnada, ni autorizaban a legitimarla en el sentido de reconocer a las mujeres homosexuales civilmente unidas como progenitoras del hijo nacido por la fecundación heteróloga de una de ellas con el consentimiento de la otra.

Por otra parte, en sus sentencias n.º 162/2014 y n.º 221/2019, la Corte Constitucional había considerado que el art. 30 de la Constitución no planteaba un concepto de familia indisociablemente unido a la presencia de hijos, y que la libertad y el carácter voluntario del acto que permitía convertirse en progenitor no implicaba que pudiera ejercerse sin limitaciones. En efecto, esa libertad debía equilibrarse con otros intereses constitucionalmente protegidos, en particular en relación con la discusión sobre las técnicas de procreación médicamente asistida. Estas técnicas alteran las dinámicas naturales del proceso de reproducción de las personas y abren nuevos escenarios respecto de los paradigmas de paternidad y familia históricamente

arraigados en la cultura social, en torno a los cuales se construyó la normativa de los arts. 29, 30 y 31 de la Constitución, lo que suscita inevitablemente, delicados interrogantes de orden ético.

En relación con la supuesta vulneración del art. 3 de la Constitución, la Corte Constitucional recordó que la jurisprudencia, inclusive la de la Corte de Casación, admitía que en Italia fueran reconocidos los actos realizados en el extranjero que declararan una relación de filiación de “dos madres”. Sin embargo, la circunstancia de que exista una diferencia entre la normativa italiana y las múltiples normativas mundiales es un hecho que el ordenamiento no puede tener en cuenta.

En cuanto a las fuentes europeas invocadas, tanto la Carta de Niza como la Corte Europea de Derechos Humanos se remiten explícitamente, en materia de familia a las legislaciones nacionales y al respeto de sus principios. En efecto, la CEDH sostuvo recientemente que, en las materias que implican cuestiones delicadas de orden ético y moral, los Estados conservaban un amplio margen de apreciación.

La Corte Constitucional consideró que el derecho de ambas mujeres unidas civilmente a ser reconocidas como progenitoras no era pasible de ser garantizado mediante un examen de inconstitucionalidad de las disposiciones en cuestión. Antes bien, sostuvo que ese reconocimiento podía alcanzarse por la vía normativa. Observó que llevar adelante esa transformación le incumbía al legislador en cuanto intérprete de la voluntad de la comunidad, capacitado para equilibrar los valores fundamentales en conflicto y tomar en cuenta las orientaciones y las instancias más arraigadas en la conciencia social en un momento dado.

Por lo tanto, la Corte Constitucional sostuvo que, si bien el reconocimiento de la homopaternidad en la relación de dos mujeres unidas civilmente no se encontraba establecido en los preceptos constitucionales invocados, tales parámetros estaban abiertos a soluciones diferentes en base a las evaluaciones que el legislador pudiera hacer, ya que no era posible descartar la capacidad de la mujer sola, de la pareja homosexual o de la pareja heterosexual en edad avanzada para desarrollar funciones parentales.

Por otra parte, la Corte Constitucional consideró que la cuestión en examen también estaba planteada en relación con una vulneración del interés del menor. Recordó que la jurisprudencia ya había examinado el asunto y admitido la adopción no legitimante a favor de la pareja del mismo sexo de la progenitora biológica del menor, de conformidad con el art. 44.1, letra d de la Ley n.º 184/1983 (derecho del menor a una familia).

Finalmente, la Corte Constitucional sostuvo que era viable una tutela diferente del interés superior del menor, orientada hacia contenidos jurídicos más profundos y amplios en su relación con la “madre intencional” y que atenuara la separación entre la realidad fáctica y la realidad legal. Sin embargo, la Corte Constitucional afirmó que las formas para ejecutarla dependían de la discrecionalidad del legislador.

CORTE COSTITUZIONALE DE ITALIA, sentencia n.º 230/2020, del 20-10-2020, en https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2020:230



Derecho de familia. Divorcio. Manutención de la ex cónyuge. (Italia).

Antecedentes: una mujer divorciada de 46 años presentó un recurso ante la Corte de Apelaciones de Turín a fin de reclamar su derecho a continuar percibiendo la manutención que había sido ordenada por el juez de primera instancia. Su ex marido consideraba que no le correspondía continuar la manutención dado que la mujer había insistido en que no estaba dispuesta a independizarse económicamente. El tribunal turinés rechazó la demanda con fundamento en la edad y el buen estado de salud de la interesada, a quien consideró idónea para trabajar y mantenerse por cuenta propia.

La mujer recurrió la sentencia ante la Corte de Casación.

Sentencia: la Corte de Casación rechazó el recurso y condenó a la recurrente al pago de los gastos procesales.

La recurrente articuló el recurso de acuerdo con seis motivos que fueron analizados por la Casación:

1. Primer motivo: la recurrente alegó que la decisión de la Corte de Apelaciones de Turín no había tenido en cuenta el estilo de vida que llevaba la familia antes del divorcio.

La Casación consideró que el motivo resultaba infundado, porque la Corte de Apelaciones había concluido que la familia no gozaba de un estilo de vida elevado, un argumento que, además, no fue desmentido por la recurrente, ni tampoco surgieron otros hechos decisivos que no hubieran sido examinados en el proceso.

2. Segundo motivo: la recurrente alegó la violación del art. 5 de la Ley de Divorcio (898/70), relativo a las condiciones de cesación de los efectos civiles del matrimonio, por haberse revocado la manutención solo con fundamento en la idoneidad laboral de la interesada y por resultar insuficiente a este respecto el soporte probatorio provisto por la defensa.

La Casación consideró inadmisibles el reclamo en cuanto la Corte de Apelaciones consideró, además de esas circunstancias, la probada nueva convivencia *more uxorio* de la interesada.

3. El tercer y cuarto motivo fueron analizados en conjunto.

Tercer motivo: de acuerdo con la recurrente, la Corte de Apelaciones no había tenido en cuenta el aumento de edad y las dificultades para reinsertarse en el ámbito laboral, del que estuvo alejada por casi veinte años.

Cuarto motivo: la Corte de Apelaciones, según la recurrente, no había tenido en cuenta el hecho de que, aun si hubiera retomado y desarrollado una actividad laboral, tampoco habría podido asegurar su independencia económica.

El tercero y el cuarto son inadmisibles, según la Casación, porque la Corte de Apelaciones tuvo en cuenta la edad, que juzgó no particularmente avanzada, la ausencia de patologías o condiciones de salud que pudieran obstaculizar su actividad laboral como personal de limpieza, ya desempeñada ocasionalmente, así como su situación económica general, y en el fallo señaló, además, una actitud de renuencia por parte de la interesada a encontrar una ocupación, lo que tampoco fue desmentido en el recurso.

4. Quinto motivo: la recurrente alegó la omisión, la insuficiencia y la contradicción de los motivos del no reconocimiento de la pensión alimentaria en virtud del art. 433 del Código Civil.

De acuerdo con la Casación, el motivo es inadmisibile porque la solicitud de pensión alimentaria no había sido presentada al juez de primera instancia, a falta de indicaciones específicas en sentido contrario por parte de la demandante.

5. Sexto motivo: la recurrente consideró insuficiente y contradictoria, si no del todo ausente, la motivación relativa a la constatación de la convivencia *more uxorio* y a la violación de las normas sobre la formación de la prueba y del derecho de defensa.

Según la Casación, el motivo es inadmisibile porque pretende conseguir un nuevo análisis del mérito a partir de una evaluación personal de los hechos examinados por la Corte de Apelaciones de Turín, con el propósito de llegar a conclusiones opuestas respecto de la naturaleza de la relación con el señor G. y probar la naturaleza amistosa del vínculo. La realidad es que la Corte examinó todos los elementos pertinentes y concluyó, con una lógica que no resulta perturbada por la objeción de la defensa, que la recurrente mantenía una convivencia *more uxorio*.

6. La Corte de Casación rechazó el recurso por resultar infundado el primer motivo e inadmisibles los demás. Además, consideró inoficioso el pronunciamiento sobre el incidente mediante el cual el demandado había reclamado la reducción de la cuota alimentaria. Las costas del proceso quedaron a cargo de la recurrente.

CORTE SUPREMA DE CASACIÓN DE ITALIA, Sexta Sección Civil, Ordenanza 2653/2021; recurso 8246-2019 promovido por AG contra LM y la sentencia 1427/2018 de la Corte de Apelaciones de Turín, del 31-7-2018; sentencia del 2-12-2020, en <http://www.italggiure.giustizia.it/sncass/>



Derecho de familia. Procreación médicamente asistida heteróloga. Pareja de mujeres. Filiación. No reconocimiento del vínculo de filiación del nacido con la madre intencional. Derecho a la vida privada. Interés superior del menor. Vacío legal. Intolerable inercia legislativa. Necesidad de una ley que garantice a los nacidos el pleno ejercicio de sus derechos al cuidado, a la mantención, a la educación, a la instrucción, a la sucesión y a la estabilidad en las relaciones afectivas. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Padova planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad de los arts. 8 y 9 de la ley n.º 40/2004 (Normas en materia de procreación médicamente asistida) y del art. 250 del Código

Civil (CC). Los consideró violatorios de los arts. 2, 3, 30 y 117.1 de la Constitución, este último en relación con los arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Convención sobre los derechos del niño y los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en cuanto no le concederían a los nacidos de una pareja de mujeres mediante procreación médicamente asistida heteróloga el reconocimiento del estatus de hijos también de la madre intencional, cuando no existen las condiciones para proceder a la adopción en casos particulares y haya sido comprobado judicialmente el interés de las menores. En efecto, en el presente caso, después de que se creara una situación conflictiva en la pareja tras años de convivencia y cuidado de sus gemelas nacidas en Italia mediante procreación médicamente asistida heteróloga realizada en el extranjero, a la madre intencional se le había prohibido el ejercicio de la responsabilidad parental pese a las tentativas de restablecer una relación afectiva normal con ellas.

Según el Tribunal de Padova, las normas en cuestión solo garantizarían el reconocimiento del vínculo de filiación del nacido cuando las dos personas que accedieron a la técnica de procreación médicamente asistida son de sexo diferente (art. 5 de la ley n.º 40/2004). Por ello, el interés del menor en el reconocimiento de la relación de filiación con su madre intencional quedaría desprovisto de protección, dado que las normas en cuestión contemplan las condiciones para proceder a la adopción en casos particulares, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44.1 letra d), de la Ley n.º 184/1983 sobre adopción y custodia de menores, en razón de la falta de consentimiento del progenitor biológico-legal. Este vacío legal en la protección excedería el margen de discrecionalidad reservado en la materia al legislador y conllevaría la violación de una serie de derechos e intereses constitucionalmente y convencionalmente garantizados.

En primer lugar, habría una violación del derecho del nacido —en relación con las dos personas del mismo sexo que asumieron la responsabilidad de procreación— a hacer valer sus derechos a la mantención, a la educación y a la instrucción, así como sus derechos sucesorios, sobre todo en caso de incumplimiento y de crisis de la pareja, porque serían vulnerados los arts. 2, 3, 30 y 117.1 de la Constitución, este último en relación con el art. 8 de la CEDH. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, existiría una grave lesión del derecho a la vida privada del niño al que se le impide el reconocimiento del vínculo con la madre intencional, por dejarlo expuesto a una situación de inseguridad jurídica en las relaciones sociales y en su identidad personal. Por ello, se produciría una injustificada desigualdad de tratamiento con respecto a los nacidos mediante procreación médicamente asistida de una pareja heterosexual, así como con respecto a los nacidos mediante procreación médicamente asistida de una pareja del mismo sexo que puedan acceder a la adopción en casos particulares, en virtud del consentimiento prestado por la madre biológica. A falta de este consentimiento, los nacidos mediante procreación médicamente asistida heteróloga de parejas del mismo sexo estarían destinados a un estatus de hijos con un solo progenitor, sin el reconocimiento de la madre intencional. Ellos se encontrarían en una situación menos favorable que la de todos los demás niños, debido a la orientación sexual de las personas que eligieron procrear recurriendo a las técnicas citadas, lo que supondría

una violación de los arts. 3 y 117.1 de la Constitución en relación con el art. 14 de la CEDH. Por otra parte, el vacío legal existente en la protección entraría en conflicto con el compromiso asumido por el Estado italiano al ratificar la Convención sobre los derechos del niño (en especial con los arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9).

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró que resultaba inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 8 y 9 de la Ley n.º 40/2004 (Normas en materia de procreación médicamente asistida) y del art. 250 CC en relación con los arts. 2, 3, 30 y 117.1 de la Constitución, este último en relación con los arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Convención sobre los derechos del niño y los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En su sentencia n.º 230/2020 la Corte Constitucional de Italia había anunciado la urgencia de otro tipo de protección del interés superior del niño, que contemple desde un punto de vista jurídico más profundo y amplio la relación del niño con la madre intencional para atenuar la brecha entre realidad fáctica y realidad legal, y había invocado la intervención del legislador. Sostuvo que las cuestiones planteadas en el presente caso revelaban la insuficiencia del recurso a la adopción en casos particulares. En efecto, manifestó que, en este caso, el recurso se hacía inviable por tratarse de una situación muy delicada para el bienestar del menor, dada la crisis de la pareja y la negación del consentimiento por parte del progenitor biológico/legal, tal como lo dispone el art. 46 de la Ley n.º 184/1983. Por esta razón, resultaba evidente que los nacidos por procreación médicamente asistida heteróloga de dos mujeres se encontraban en una condición menos favorable que la de los demás nacidos a causa de la orientación sexual de las personas que habían llevado adelante el proyecto procreativo. Ellos, limitados a relacionarse únicamente con un solo progenitor por no haber sido reconocidos por la madre intencional, veían gravemente comprometida la protección de sus intereses superiores. Su condición revelaba características en parte asimilables a otra categoría de nacidos a los que durante muchos años les fue prohibido el reconocimiento del estatus de hijos, los llamados hijos incestuosos, destinatarios de formas de tutela limitadas en razón de la conducta de sus padres. Esta situación había llevado a la Corte Constitucional, en su sentencia n.º 494/2002, a observar una *capitis deminutio* perpetua e irremediable, lesiva del derecho al reconocimiento formal de un *status filiationis* propio, elemento constitutivo de la identidad personal.

La Corte Constitucional afirmó que no podía remediar el vacío legal existente en la protección del interés del menor. Señaló que era preciso, una vez más, atraer la atención del legislador hacia esa cuestión éticamente sensible a fin de identificar un punto de equilibrio razonable entre los distintos bienes constitucionales involucrados, en el respeto de la dignidad de la persona humana, para brindar de manera orgánica una adecuada protección de los derechos del menor al cuidado, a la educación, a la instrucción, a la mantención, a la sucesión, y, en general, a la continuidad de las costumbres compartidas, a fin de evitar desarmonías en el sistema.

Al declarar la inadmisibilidad del planteo de inconstitucionalidad en la presente sentencia, la Corte Constitucional de Italia consideró que, dada la gravedad del vacío legal existente en la protección del interés del menor, la persistencia de la

inercia legislativa resultaba intolerable. A modo de ejemplo, la Corte Constitucional de Italia indicó que los ámbitos en los que podía desarrollarse la intervención del legislador podían ser tanto una reescritura de las disposiciones sobre el *status filiationis*, como una nueva tipología de adopción que garantizara tempestivamente la totalidad de los derechos de los nacidos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 32 del 28-1-2021 en https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2021:32



Derecho de familia. Uniones estables concomitantes. Principio de monogamia. Unión entre personas del mismo sexo. Derecho a la seguridad social. Pensión por fallecimiento. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Recurso Extraordinario 1045273 del Tribunal Supremo Federal de Brasil estaba vinculado al reparto de la pensión por fallecimiento de un hombre que había tenido una unión estable (reconocida judicialmente) con una mujer y, al mismo tiempo, una relación homoafectiva con otro hombre.

En primera instancia, el acompañante del hombre fallecido presentó un recurso para reclamar la división de la pensión, ya que habían mantenido una relación durante 12 años. En paralelo, el difunto desarrolló una unión estable con una mujer y tuvieron un hijo. Ese vínculo fue reconocido como definitivo anteriormente por la Justicia, ya que la mujer había sido la primera en presentarse judicialmente para obtener la validación de la unión estable y el consiguiente cobro de la pensión por fallecimiento.

El Tribunal de Justicia de Sergipe, si bien reconoció la unión entre personas del mismo sexo, rechazó la posibilidad de aceptar uniones estables concomitantes con el fin de dividir el pago de una pensión por fallecimiento. Señaló que no podía avalar una doble unión estable debido a que el principio de monogamia no admitía la existencia simultánea de más de una entidad familiar, independientemente de la orientación sexual de las partes.

En consecuencia, el accionante interpuso el Recurso Extraordinario 1045273 contra la decisión del Tribunal de Justicia de Sergipe ante el Tribunal Supremo Federal.

En las actuaciones ante el tribunal, que se desarrollaron con secreto de identidad para preservar a las partes, el abogado del demandante argumentó que las relaciones concurrentes, independientemente de su composición hetero u homoafectiva, también debían ser admitidas a los efectos de una pensión por fallecimiento, ya que había sido conformada una nueva unidad familiar y el Poder Judicial no podía ignorarla. Por su parte, el representante del Instituto Brasileño de Derecho de la

Seguridad Social planteó que, si se aceptaba el recurso, no habría perjuicio para el Instituto Nacional de Seguridad Social, ya que el monto total de la pensión se dividiría y no se pagaría dos veces.

Por otro lado, la Asociación de Derecho de Familia y Sucesión respaldó la decisión del Tribunal de Justicia de Sergipe. Señaló que se oponía a la división de la pensión porque la monogamia era un requisito indispensable y estructurante de la unión estable tal como la reconocía el Código Civil. También la subprocuradora general de la República se pronunció en el mismo sentido. Aseguró que la Constitución brindaba protección legal al matrimonio y a la unión estable. Además, observó que la legislación civil solo preveía dos hipótesis para el reconocimiento legal del concubinato, cuando había separación de facto o cuando la persona se involucraba de buena fe, sin saber que el otro estaba casado, y destacó que, en este caso, no se cumplía ninguno de esos supuestos.

Sentencia: el Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió rechazar el reconocimiento de dos uniones estables simultáneas. Argumentó que admitirlas podría legalizar la bigamia, una conducta sancionada por el Código Civil brasileño. El pleno definió el fallo por una mayoría de seis votos contra cinco. El tribunal consideró que la existencia paralela de dos uniones estables, o un matrimonio y una unión estable, era ilegítima, incluso a efectos de la seguridad social.

El relator del caso, el ministro Alexandre de Moraes, votó por el rechazo del recurso. Manifestó que el reconocimiento, por parte del tribunal, de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar no era relevante para la solución del caso. Señaló que, en cambio, en este asunto se requería algo muy distinto, el reconocimiento retroactivo de la bigamia para autorizar el reparto de la pensión por fallecimiento. Destacó que, sin embargo, esa posibilidad no estaba prevista en el sistema legal brasileño. Observó que la existencia de una declaración judicial definitiva de unión estable impedía el reconocimiento de otra unión concomitante y paralela, durante el mismo período de tiempo, independientemente de que fuera una unión hetero u homoafectiva.

Además, el ministro señaló que el Tribunal Supremo Federal reconoció la vigencia jurídico-constitucional del matrimonio civil o de la unión estable entre personas del mismo sexo, de acuerdo con antecedentes como la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4277 y la Acción por Incumplimiento de un Precepto Fundamental 132. Sin embargo, consideró que esa jurisprudencia no debía interpretarse como un respaldo a la posibilidad de la bigamia, sino como una garantía para la igualdad plena de las relaciones afectivas, más allá de la orientación sexual.

El ministro destacó que el Código Civil impedía constituir una unión estable con una persona ya casada por el riesgo de configurar el delito de bigamia, tipificado en el art. 235 del Código Penal. Además, señaló que el párrafo 3 del art. 226 de la Constitución Federal se basaba en el principio de exclusividad o monogamia (según el cual una misma persona no puede contraer o mantener simultáneamente dos o más vínculos de tipo matrimonial) como requisito para el reconocimiento legal de

una unión estable. Inclusive, aseguró De Moraes, el Código Civil establecía, entre los deberes de los cónyuges, la exigencia de fidelidad recíproca.

El ministro también sostuvo que estaba demostrada la existencia de otra relación pública, continua y duradera entre el hombre fallecido y una mujer, que había sido reconocida judicialmente como unión estable con anterioridad.

Por su parte, el ministro Dias Toffoli votó en el mismo sentido. En primer lugar, aclaró que este caso no se trataba del reconocimiento de la unión homoafectiva como instituto jurídico. Destacó que ese reconocimiento ya había sido confirmado por la jurisprudencia de forma irrevocable. Agregó que la única interpretación posible del art. 1723 del Código Civil era que privilegiaba la tolerancia, la no discriminación, la igualdad y la libertad de elección sexual y de perseguir un proyecto de vida no vedado por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, concluyó que las uniones estables ya poseían reconocimiento jurídico y que resultaba irrelevante si esas relaciones eran hetero u homoafectivas.

Por otro lado, Dias Toffoli afirmó que el Código Civil era preciso: tanto el matrimonio como la unión estable, en cuanto representan una entidad familiar, se aseguraban la protección de la unicidad del vínculo. En consecuencia, una persona que participa en una unión estable debe cumplir con la exigencia de monogamia y no podrá tener simultáneamente otro vínculo familiar reconocido por el Estado. En síntesis, el ministro consideró inviable el reconocimiento de la concomitancia de dos uniones estables (o de dos casamientos o de un casamiento y una unión estable), independientemente de que sean relaciones hetero u homoafectivas.

También acompañaron la posición del relator los ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Nunes Marques y Luiz Fux.

El ministro Edson Fachin, en cambio, se pronunció por la minoría, a favor de permitir el prorrateo de la pensión por fallecimiento. Sostuvo que no se trataba de una discusión sobre el reconocimiento jurídico de una unión estable homoafectiva, ni sobre derecho de familia o civil, sino solamente sobre la cuestión del seguro social posterior al fallecimiento.

Fachin recordó que la Ley 8213/1991 (Régimen General de la Seguridad Social) admitía no solo al cónyuge, sino también a la pareja como dependiente a los efectos legales de la seguridad social. El ministro señaló que, si bien existía jurisprudencia que rechazaba los efectos previsionales de las uniones estables concomitantes, consideraba posible dividir la pensión por fallecimiento, siempre y cuando existiera buena fe objetiva, es decir, que la persona no supiera que su pareja tenía otra unión estable simultánea. En su opinión, ese requisito se cumplía en este caso, pues el accionante no estaba al tanto de la existencia del otro vínculo, por lo que se le debía reconocer protección legal para los efectos previsionales correspondientes.

Los ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lúcia y Marco Aurélio acompañaron esta posición.

La tesis de repercusión general establecida por el pleno del tribunal fue la siguiente: “la preexistencia del matrimonio o la unión estable de uno de los convivientes, salvo excepción del art. 1723, párr. 1, del Código Civil, impide el

reconocimiento de un nuevo vínculo para el mismo período, incluso para fines de seguridad social, debido a la consagración del deber de fidelidad y monogamia por el sistema jurídico-constitucional brasileño”.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, RE 1045273, sentencia del 18-12-2020, en <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4787700>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4495489>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5228841>; <http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5240736>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457637&ori=1>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la vida. Derecho a una investigación efectiva. Uso injustificado de la fuerza letal. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. Satisfacción equitativa. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: el recurrente, Murtazaali Magomedovich Gasangusenov, es un ciudadano ruso nacido en 1970 que vive en Goor-Khindakh, Dagestan, Rusia. Sus hijos, Gasangusen y Nabi Gasangusenov, nacidos en 1997 y 1999, respectivamente, trabajaban como pastores en los campos de pastoreo de Lagadib, a pocos kilómetros de Goor-Khindakh, un pueblo de montaña del distrito de Shamilskiy. Con frecuencia, los pastores permanecían varios días en los campos y regresaban a su casa por alimento y suministros. El gobierno local informaba a la policía la identidad de quienes trabajaban esas tierras.

Entre junio y agosto de 2016, grupos armados ilegales llevaron a cabo varios ataques terroristas en la zona, entre ellos, el asesinato de un juez del Tribunal de Distrito, la voladura de una torre de televisión local y el incendio de una escuela.

Alrededor de las 21:30 horas del 23 de agosto de 2016, Nabi Gasangusenov llamó a su madre y le dijo que su hermano y él estaban regresando a su casa para la cena. Sin embargo, nunca llegaron.

Durante la madrugada del 24 de agosto de 2016, la madre le pidió a un familiar, I.M, que fuera a los campos de pastoreo a buscar a sus hijos. A eso de las seis de la mañana, aproximadamente a un kilómetro del pueblo, a pocos metros de la ruta, en medio de unos arbustos, I.M. encontró los cuerpos sin vida de Gasangusen y Nabi Gasangusenov. Estaban uno al lado del otro, boca abajo, vestidos con camperas negras abrigadas y capuchas en la cabeza. Tenían ametralladoras automáticas sobre la espalda y cinturones de armas en el cuello. Había botas militares y mochilas a su lado, en el suelo. Ambos estaban descalzos. El rostro de Nabi Gasangusenov estaba cubierto de sangre seca e irreconocible. I.M. pudo identificar el rostro de Gasangusen e inmediatamente informó a los familiares.

Alrededor de las siete de la mañana, un grupo de oficiales de policía llegó al lugar con dos camillas, examinaron brevemente los cuerpos y se los llevaron. Luego, los cuerpos fueron entregados a la familia para su entierro. No se realizó una autopsia porque, según el Gobierno, el recurrente no había prestado consentimiento.

El informe oficial, publicado la mañana del 24 de agosto de 2016 por el comandante I.A. de la Estación de Policía del distrito de Shamilskiyen en el sitio web de la agencia de noticias Interfax, estableció que alrededor de las 21:25 horas del 23 de agosto, durante una operación especial, personas no identificadas habían disparado contra oficiales de policía y que, como resultado del intercambio de disparos, los delincuentes habían sido eliminados. Ese mismo día, se abrió una causa penal contra Gasangusen y Nabi Gasangusenov por tentativa de homicidio de un oficial de policía y tráfico de armas de fuego.

El 31 de enero de 2017, el recurrente presentó una queja ante Comité Investigador de Dagestan y solicitó que se abriera una causa penal para investigar la muerte de sus hijos. Declaró que ni los abrigos negros, ni las botas militares, ni las mochilas encontradas en la escena del crimen pertenecían a sus hijos, que el número de orificios de bala en las camperas no coincidía con las heridas de bala en los cuerpos de sus hijos y que habían sido asesinados por los oficiales de policía por razones desconocidas.

En marzo de 2017, el recurrente denunció ante el tribunal de distrito que no había recibido respuesta alguna de los investigadores; en abril de 2017, reiteró su pedido y tampoco obtuvo respuesta. Finalmente, el Comité Investigador autorizó al recurrente a acceder al expediente de la causa y recibir copias de los peritajes forenses y otros documentos.

El 15 de noviembre de 2017, se cerró la investigación penal contra los hermanos Gasangusenov, ya que no se pudo demostrar que hubieran atacado a los oficiales de policía. Entonces, se abrió una causa penal para investigar su muerte.

El 28 de noviembre de 2017, el recurrente declaró que el comandante había asesinado intencionalmente a sus hijos en el contexto de los recientes ataques terroristas para poder avanzar en su carrera profesional y demostrar que la policía había luchado en forma exitosa contra el terrorismo. El recurrente señaló que, poco después del asesinato de Gasangusen y Nabi Gasangusenov, el comandante I.A. había sido ascendido a comisario de la Estación de Policía.

La investigación seguía en trámite y los autores de los homicidios de Nabi y Gasangusen Gasangusenov todavía no habían sido identificados. El recurrente interpuso entonces un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, fundado en el art. 2 (derecho a la vida) y el art. 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención Europea de Derechos Humanos, en que denunciaba que agentes del Estado habían asesinado a sus hijos para hacerlos pasar por miembros de grupos armados ilegales que operaban en la zona, que las autoridades no habían llevado adelante una investigación efectiva y que la demora en la apertura de una causa había sido demasiado extensa.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró en forma unánime que, por un lado, hubo una violación del art. 2 CEDH (derecho a la vida),

en lo que concierne al aspecto sustantivo, dado que los hijos del recurrente habían sido asesinados como resultado de un uso injustificado de la fuerza letal; por otro, una violación del art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo), en lo que concierne al aspecto procesal, dado que no se había realizado una investigación efectiva sobre la muerte de los hermanos Gasangusenov.

En cuanto al art. 2, la Corte consideró que la documentación presentada no revelaba que los hijos del recurrente estuvieran involucrados en algún tipo de actividad criminal. Señaló que el modo en que los cuerpos habían sido hallados sugería que la escena del crimen había sido montada. Consideró que la denuncia del recurrente de que sus hijos habían sido asesinados por agentes del Estado encontraba sustento en las pruebas presentadas, especialmente en un artículo periodístico, una carta oficial que confirmaba que la operación había ocurrido y en la declaración de apertura de una causa penal contra los hermanos. Además, la denuncia fue corroborada por las declaraciones de la policía local, de residentes locales y de oficiales de Moscú que habían sido enviados para asistir a las fuerzas locales en la operación. Ante la ausencia de una versión alternativa de los hechos en los argumentos del Gobierno, la Corte consideró que Gasangusen y Nabi Gasangusenov habían sido asesinados por agentes del Estado durante una operación especial.

La Corte Europea entendió que no surgía de la documentación presentada ninguna información relativa a la planificación de dicha operación y que, aparentemente, su planificación y ejecución no fueron consideradas seriamente. Por ello, declaró que no se podía demostrar que la fuerza letal que produjo la muerte de Gasangusen y Nabi Gasangusenov hubiera sido necesaria. Por lo tanto, la Corte resolvió que hubo una violación del aspecto sustantivo del art. 2 CEDH.

En cuanto a la supuesta violación del aspecto procesal del art. 2, la Corte Europea señaló que la investigación de la escena del crimen había sido superficial y que ciertos elementos importantes habían sido descubiertos durante una segunda investigación. Ejemplo de esto es que, al día siguiente de la investigación de la escena del crimen, encontraron dos gorras de baseball y dos pares de ojotas. Durante el juicio, el Comité Investigador no había tomado las medidas necesarias para aclarar una serie de cuestiones fundamentales. Además, pese a las denuncias coherentes y consistentes del recurrente, y de las órdenes del tribunal local, la causa penal que investigaba el homicidio de sus hijos había sido abierta un año y tres meses después del incidente y el Comité Investigador no había brindado una respuesta adecuada a las graves denuncias de uso injustificado de la fuerza letal por parte de los agentes del Estado. Por lo tanto, la Corte Europea resolvió que hubo una violación del art. 2 en lo que respecta a la efectividad de la investigación. Además, sobre la base de las conclusiones relativas al art. 2, declaró innecesario el análisis de la denuncia fundada en el art. 13.

Fundándose en el art. 46 CEDH (fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias), la Corte señaló que la causa penal que investigaba el homicidio de Gasangusen y Nabi Gasangusenov aún estaba en trámite. La Corte Europea consideró que la investigación debía aclarar las circunstancias principales en que los agentes del Estado habían hecho uso de la fuerza letal, además de evaluar sus actos teniendo

en cuenta todos los hechos conocidos y garantizar el acceso de los familiares a la documentación principal. Resolvió, por lo tanto, que el Gobierno debía tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar el cumplimiento de los requisitos procesales del art. 2 CEDH.

Por último, fundándose en el art. 41 CEDH (satisfacción equitativa), la Corte Europea ordenó a Rusia pagar al recurrente la suma de 120 000 euros en concepto de compensación por daño moral.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Gasangusenov v. Russia* (application no. 78019/17), sentencia del 30-3-2021, en <http://hudoc.echr.coe.int/Eng?i=001-208883>



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho a la tutela judicial efectiva. Limitación. Objetivo de interés general reconocido por la Unión. Lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacional. Pertinencia previsible de la información solicitada en el requerimiento. Derecho al respeto de la vida privada. Derecho a la protección de los datos de carácter personal. Principio de proporcionalidad. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: a raíz de dos solicitudes de intercambio de información formuladas por la administración tributaria española en el marco de una investigación relativa a F. C., una persona física residente en España, el director del servicio responsable de los tributos directos de Luxemburgo remitió a la sociedad B y al banco A sendas decisiones en las que les requería información sobre cuentas bancarias y activos financieros de los que F. C. fuera titular o beneficiario. También les solicitaba datos sobre diversas operaciones jurídicas, bancarias, financieras o económicas que hubieran podido realizar F. C. o terceras personas en su nombre o para su beneficio.

De acuerdo con la legislación luxemburguesa relativa al procedimiento aplicable al intercambio de información, previa solicitud, en materia tributaria, esas decisiones de requerimiento, en el momento en que ocurrieron los hechos, no podían ser objeto de un recurso. No obstante, las sociedades B, C y D, así como F. C., interpusieron recursos ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Luxemburgo, y reclamaron, con carácter principal, la modificación de las decisiones y, con carácter subsidiario, su anulación.

El tribunal se declaró competente para conocer de los recursos por considerar que la legislación luxemburguesa no respetaba el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva de toda persona cuyos derechos y libertades

garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados. Resolvió que, por consiguiente, esa legislación no debía aplicarse. En cuanto al fondo, el tribunal anuló parcialmente las decisiones de requerimiento por entender que parte de la información solicitada no resultaba pertinente de un modo previsible. El Estado luxemburgués interpuso un recurso de apelación.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Luxemburgo solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronunciase en particular sobre la interpretación del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Puntualmente, consultó si ese artículo se oponía a una legislación nacional que privaba a una persona que poseía información (como la sociedad B), a un contribuyente sometido a una investigación tributaria (como F. C.) y a terceras personas afectadas por esa información (como las sociedades C y D) de la posibilidad de interponer un recurso directo contra una decisión de requerimiento. Además, consultó sobre el alcance de la posibilidad que ofrecía la Directiva 2011/16 a los Estados miembros de intercambiar información siempre que fuera pertinente de un modo previsible para la administración y ejecución de la legislación tributaria nacional.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró, en primer término, que el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —en relación con sus arts. 7 y 8 (que consagran, respectivamente, el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la protección de los datos de carácter personal) y con su art. 52, apartado 1 (que permite, con ciertas condiciones, limitar el ejercicio de determinados derechos fundamentales)— se oponía a que la legislación de un Estado miembro que regulaba el procedimiento de intercambio de información, previa solicitud, instaurado por la Directiva 2011/16 impidiera a la persona que poseía información interponer un recurso contra una decisión por la que la autoridad competente de ese Estado miembro le obligaba a proporcionar la información, con el fin de tramitar una solicitud de intercambio de información procedente de otro Estado miembro. Sin embargo, en segundo término, el tribunal estableció que el art. 47 no se oponía a que esa legislación impidiera al contribuyente sometido a la investigación, así como a los terceros afectados por la información, interponer un recurso contra esa clase de decisión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea era aplicable, dado que la legislación nacional en cuestión en los litigios principales constituía una transposición del derecho de la Unión. Además, señaló, en primer lugar, en lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva, que la protección de las personas físicas y jurídicas contra las intervenciones arbitrarias o desproporcionadas de los poderes públicos en la esfera de su actividad privada implicaba un principio general del derecho de la Unión y podía ser invocado por una persona jurídica a la que se le requiriera comunicar información a la administración tributaria, para impugnar judicialmente el requerimiento.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordó que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva podía limitarse, a falta de normativa de la Unión en la

materia, mediante una legislación nacional, si se cumplieran los requisitos del art. 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta disposición exige en particular que se respete el contenido esencial de los derechos y libertades garantizados por la carta.

También precisó que el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluía, entre otros elementos, la facultad del titular de este derecho de acceder a un tribunal competente para garantizar el respeto de los derechos y libertades reconocidos por el derecho de la Unión y para examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes. Además, para acceder a ese tribunal, la persona no puede ser forzada a quebrantar una norma o una obligación jurídica y exponerse a la sanción establecida. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que, con arreglo a la legislación nacional aplicable en estos asuntos, solo en caso de que el destinatario de la decisión de requerimiento no la cumpliera y posteriormente fuera sancionado por tal motivo tendrá la posibilidad de impugnar, con carácter incidental, la decisión. Por lo tanto, esa legislación nacional infringe el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con su art. 52, apartado 1.

En segundo lugar, en lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva del contribuyente sometido a la investigación que originó la decisión de requerimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que el contribuyente, como persona física, era titular del derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el art. 7, y del derecho a la protección de los datos de carácter personal, garantizado por el art. 8, ambos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También declaró que la comunicación de información que afectaba a una autoridad pública podía violar estos derechos, lo que justificaba que se reconociera al interesado el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea agregó que la exigencia relativa al respeto del contenido esencial de ese derecho no implicaba que el contribuyente dispusiera de una vía de recurso para impugnar, con carácter principal, una medida dada, siempre que existieran, ante los diferentes órganos jurisdiccionales nacionales competentes, una o varias vías de recurso para obtener, con carácter incidental, un control judicial efectivo de esa medida. Si no hubiera una vía de recurso directo contra una decisión de requerimiento, el contribuyente debía disponer de un derecho de recurso contra la decisión de rectificación o de regularización adoptada al término de la investigación y, en este marco, de la posibilidad de impugnar, con carácter incidental, la primera de esas decisiones, así como las condiciones en que se obtuvieron y se utilizaron las pruebas recabadas a través de ella. En consecuencia, consideró que una legislación que impidiera que el contribuyente interpusiera un recurso directo contra una decisión de requerimiento no menoscababa el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, señaló que esa legislación respondía a un objetivo de interés general reconocido por la Unión, consistente en luchar contra el fraude y la evasión fiscal internacional mediante una cooperación reforzada entre las autoridades nacionales competentes en la materia, y que se ajustaba al principio de proporcionalidad.

En tercer lugar, en cuanto a la situación de los terceros afectados por la información en cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró, de forma análoga, que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que debía reconocerse a terceros, frente a una decisión de requerimiento que podría violar su derecho a la protección contra las intervenciones arbitrarias o desproporcionadas de los poderes públicos en la esfera privada, podía limitarse mediante una legislación nacional que excluyera la interposición de un recurso directo contra esa decisión, siempre que los terceros dispusieran también de una vía de recurso para obtener el respeto efectivo de sus derechos fundamentales, así como de una vía de recurso para exigir responsabilidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también declaró que una decisión por la que la autoridad competente de un Estado miembro obligara a una persona que poseía información a facilitársela, con el fin de tramitar una solicitud de intercambio de información, debía ser considerada como referida a información “pertinente de un modo previsible” a los efectos de la Directiva 2011/16 si cumplía ciertos requisitos. Por lo tanto, la decisión debía indicar la identidad de la persona que poseía la información en cuestión, la del contribuyente sometido a la investigación que había originado la solicitud de intercambio de información y el período al que se refería esta última, y si en ella se aludía a contratos, facturas y pagos que, aunque no estuvieran identificados de forma precisa, estaban delimitados mediante criterios personales, temporales y materiales que ponían de manifiesto su relación con la investigación y con el contribuyente investigado. En efecto, esta combinación de criterios era suficiente para considerar que la información solicitada no carecía manifiestamente de toda pertinencia, por lo que no exigía una delimitación más precisa.

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 lo Contencioso-Administrativo de Luxemburgo en los asuntos acumulados C-245/19, Estado Luxemburgués/B, y C-246/19, Estado Luxemburgués/B y otros, sentencia del 6-10-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=232087&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=9029174>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho al respeto a la vida privada. Derecho a la protección de los datos personales. Libertad de expresión. Tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas. Proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas. Confidencialidad de las comunicaciones. Limitaciones. Acceso de las autoridades nacionales a los datos conservados con fines de investigación. Autorización del Ministerio Fiscal. Utilización de los datos como pruebas en el proceso penal. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en Estonia se incoó un proceso penal contra H. K. por los cargos de robo, uso de la tarjeta crédito de un tercero y violencia contra los intervinientes en un procedimiento judicial. El Tribunal de Primera Instancia de Viru, Estonia, (*Viru Maakohus*) la condenó a una pena de prisión de dos años. La decisión estuvo basada en datos obtenidos de comunicaciones electrónicas que habían sido suministrados por un proveedor de servicios de telecomunicaciones, por requerimiento de la Fiscalía de Distrito de Viru (*Viru Ringkonnaprokuratuur*). La sentencia fue posteriormente confirmada en apelación.

El Tribunal Supremo de Estonia (*Riigikohus*), ante el que H. K. interpuso un recurso de casación, albergaba dudas en cuanto a las condiciones en las que los servicios de investigación tuvieron acceso a esos datos y a la compatibilidad en relación con el derecho de la Unión, concretamente, con el art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE, sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE, en relación con los arts. 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Estas dudas se refieren, en primer lugar, a si la duración del período en el que los servicios de investigación tuvieron acceso a los datos constituye un criterio que permite evaluar la gravedad de la injerencia de dicho acceso en los derechos fundamentales de las personas afectadas. Así, cuando ese período es muy breve o la cantidad de datos recogidos es muy limitada, el Tribunal Supremo de Estonia se preguntaba si el objetivo de lucha contra la delincuencia en general, y no solo de lucha contra la delincuencia grave, puede justificar tal injerencia. En segundo lugar, el Tribunal Supremo de Estonia albergaba dudas sobre la posibilidad de considerar al Ministerio Fiscal estonio, habida cuenta de las distintas funciones que le atribuye la normativa nacional, una autoridad administrativa “independiente” que pueda autorizar el acceso de la autoridad investigadora a los datos en cuestión, en el sentido de la sentencia en los asuntos [C-203/15](#) y [C-698/15](#) (*Tele2 Sverige y Watson y otros*).

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, en relación con la Carta de los

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se opone a una normativa nacional que autoriza el acceso de las autoridades públicas a datos de tráfico o de localización que pueden facilitar información sobre las comunicaciones efectuadas por un usuario de un medio de comunicación electrónica o sobre la localización de los equipos terminales que utilice y permitir llegar a conclusiones precisas sobre su vida privada, a efectos de la prevención, la investigación, el descubrimiento y la persecución de delitos, sin que dicho acceso se limite a procedimientos que tengan por objeto la lucha contra la delincuencia grave o la prevención de amenazas graves contra la seguridad pública.

Según el Tribunal de Justicia, la duración del período que se solicite para acceder a esos datos y la cantidad o naturaleza de los datos disponibles resultan irrelevantes al respecto. Además, el Tribunal de Justicia consideró que la directiva, en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se opone a una normativa nacional que atribuye al Ministerio Fiscal competencia para autorizar el acceso de una autoridad pública a los datos de tráfico y de localización con el fin de realizar la instrucción penal.

Respecto de las condiciones en las que puede concederse a las autoridades públicas el acceso a los datos de tráfico y de localización conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, a efectos de la prevención, la investigación, el descubrimiento y la persecución de delitos, con arreglo a una medida adoptada al amparo de la directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, el Tribunal de Justicia recordó su precedente *La Quadrature du Net y otros* (sentencia en los asuntos [C-511/18](#), [C-512/18](#) y [C-520/18](#)). Con ese objetivo, entre otros, la directiva solo autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas legales que limiten el alcance de los derechos y las obligaciones establecidas en su texto, en particular, la obligación de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico, con respeto a los principios generales del derecho de la Unión, entre ellos, el principio de proporcionalidad, y los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puntualmente en sus arts. 7 (derecho al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones), 8 (derecho a la protección de los datos de carácter personal), 11 (libertad de expresión) y 52.1 (limitaciones a esos derechos). En este contexto, la directiva se opone a medidas legislativas que impongan a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, con carácter preventivo, la conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización.

En lo que atañe al objetivo de prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos pretendido por la normativa controvertida, de conformidad con el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia consideró que solo los objetivos de lucha contra la delincuencia grave o de prevención de las amenazas graves contra la seguridad pública pueden justificar el acceso de las autoridades públicas a un conjunto de datos de tráfico o de localización que puedan permitir extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas afectadas, sin que otros factores relativos a la proporcionalidad de la solicitud de acceso, como la duración del período para el que se solicita el acceso a dichos datos, puedan conllevar que el

objetivo de prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos en general justifique tal acceso.

Por lo que respecta a la competencia atribuida al Ministerio Fiscal para autorizar el acceso de una autoridad pública a los datos de tráfico y de localización con el fin de dirigir la instrucción penal, el Tribunal de Justicia recordó que corresponde al derecho nacional determinar los requisitos con arreglo a los cuales los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas deben conceder a las autoridades nacionales competentes acceso a los datos de que disponen. No obstante, para cumplir el requisito de proporcionalidad, una normativa de este tipo debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos personales resulten afectados dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz esos datos contra los riesgos de abuso. Dicha normativa debe ser legalmente imperativa en el derecho interno e indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos materiales y procedimentales puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de esos datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario.

Según el Tribunal de Justicia, para garantizar en la práctica el íntegro cumplimiento de estos requisitos, es esencial que el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados se supedita a un control previo efectuado por un órgano jurisdiccional o por una entidad administrativa independiente, y que la decisión de este órgano jurisdiccional o de esta entidad se dicte a raíz de una solicitud motivada de dichas autoridades presentada, en particular, en el marco de procedimientos de prevención, descubrimiento y persecución de delitos. En caso de urgencia debidamente justificada, el control debe efectuarse en un plazo breve.

A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó que el control previo requiere, entre otras cosas, que el órgano jurisdiccional o la entidad encargada de efectuarlo dispongan de todas las atribuciones y presenten todas las garantías necesarias para conciliar los diferentes intereses y derechos de que se trate. En el caso concreto de la investigación penal, este control exige que ese órgano jurisdiccional o esa entidad estén en condiciones de ponderar adecuadamente, por una parte, los intereses relacionados con las necesidades de la investigación en el marco de la lucha contra la delincuencia y, por otra parte, los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales de aquellos a cuyos datos afecte el acceso. Cuando dicho control no lo lleve a cabo un órgano jurisdiccional, sino una entidad administrativa independiente, esta debe gozar de un estatuto que le permita actuar en el ejercicio de sus funciones con objetividad e imparcialidad, y, para ello, ha de estar a resguardo de toda influencia externa.

Según el Tribunal de Justicia, de ello resulta que el requisito de independencia que debe cumplir la autoridad que ejerce el control previo obliga a que dicha autoridad tenga la condición de tercero respecto de la que solicita el acceso a los datos, de modo que pueda ejercer ese control con objetividad e imparcialidad, y a resguardo de toda influencia externa. En particular, en el ámbito penal, el requisito de independencia implica que la autoridad que ejerce ese control previo, por un lado,

no esté implicada en la realización de la investigación penal de que se trate y, por el otro, que tenga una posición neutral frente a las partes del procedimiento penal. Sin embargo, no ocurre así con un Ministerio Fiscal, como el estonio, que dirige el procedimiento de investigación y ejerce, en su caso, la acusación pública. De ello, se dedujo que el Ministerio Fiscal no puede llevar a cabo el control previo.

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, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Riigikohus* (Tribunal Supremo de Estonia), en el procedimiento penal contra H. K., vs *Prokuratuur*, en el asunto C-746/18, sentencia del 2-3-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=638CCE-7DE3254EF63AAD432CFB531772?text=&docid=238381&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5137217>



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de los consumidores. Comunicaciones electrónicas. Acceso a una internet abierta. Derechos de los usuarios finales. Derecho a acceder a las aplicaciones y a los servicios y a utilizarlos. Derecho a ofrecer aplicaciones y servicios. Prohibición de acuerdos y prácticas comerciales que limiten el ejercicio de los derechos de los usuarios finales. Conceptos de “acuerdos”, de “prácticas comerciales”, de “usuarios finales” y de “consumidores”. Evaluación de la existencia de una limitación del ejercicio de los derechos de los usuarios finales. Obligación de trato equitativo y no discriminatorio del tráfico. Posibilidad de aplicar medidas razonables de gestión del tráfico. Prohibición de medidas de bloqueo y de ralentización del tráfico. Prácticas comerciales. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: la sociedad Telenor, establecida en Hungría, ofrece, entre otros, servicios de acceso a internet. Entre ellos figuran dos paquetes de acceso preferente, denominados de tarifa cero, cuya particularidad consiste en que el tráfico de datos generado por determinados servicios y aplicaciones específicos no se descuenta

del volumen de datos contratado por los clientes. Además, una vez consumido ese volumen de datos, los clientes pueden continuar utilizando sin restricciones esas aplicaciones y esos servicios específicos, mientras que las demás aplicaciones y servicios disponibles son objeto de medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico.

Tras iniciar dos procedimientos con el fin de controlar la conformidad de los dos paquetes mencionados con el Reglamento 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo — que establece medidas sobre el acceso a una internet abierta y modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas— y el Reglamento 531/2012 —relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión Europea—, la Oficina de Medios y Comunicaciones húngara adoptó sendas resoluciones en las que consideró que estos paquetes no respetaban la obligación general de trato equitativo y no discriminatorio impuesta por el art. 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 y ordenó a Telenor que les pusiera fin.

La sociedad Telenor interpuso dos recursos ante el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría), el cual decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea unas cuestiones prejudiciales con el fin de saber cómo debía aplicarse el art. 3, apartados 1 y 2, del Reglamento 2015/2120, que garantiza un determinado número de derechos (derecho de los usuarios finales a acceder a las aplicaciones, a los contenidos y a los servicios, así como a utilizarlos, y el derecho a distribuir, usar y suministrar aplicaciones, contenidos y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección) a los usuarios finales de servicios de acceso a internet y que prohíbe a los proveedores de esos servicios poner en práctica acuerdos o prácticas comerciales que limiten el ejercicio de todos estos derechos. También consultó por la aplicación del art. 3, apartado 3, que establece una obligación general de trato equitativo y no discriminatorio del tráfico.

Sentencia: la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó por primera vez el Reglamento 2015/2120 de la Unión, que consagra el principio esencial de apertura de internet, comúnmente denominado neutralidad de la red.

Las exigencias de protección de los derechos de los usuarios de internet y de trato no discriminatorio del tráfico se oponen a que un proveedor de acceso a internet dé preferencia a determinadas aplicaciones y servicios mediante ofertas que les concedan una “tarifa cero” y sometan la utilización de las demás aplicaciones y servicios a medidas de bloqueo o de ralentización.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al art. 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, interpretado conjuntamente con el art. 3, apartado 1, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que la segunda de estas disposiciones preveía que los derechos reconocidos a los usuarios finales de servicios de acceso a internet debían ejercerse a través de su servicio de acceso a internet y que la primera exigía que el mencionado servicio no implicara una limitación del ejercicio de estos derechos. Asimismo, del art. 3, apartado 2, del reglamento se desprende que los servicios de un proveedor de acceso a internet determinado deben ser evaluados a la luz de esta

exigencia por las autoridades nacionales de reglamentación, y bajo el control de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, a partir de considerar tanto los acuerdos celebrados por ese proveedor con los usuarios finales como las prácticas comerciales puestas en marcha por el proveedor.

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras realizar una serie de precisiones generales sobre el sentido de los conceptos de acuerdos, de prácticas comerciales y de usuarios finales que figuran en el Reglamento 2015/2120, estimó que la celebración de acuerdos mediante los cuales ciertos clientes contratan paquetes que combinan una tarifa cero y medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico asociado a cualquier aplicación o servicio diferentes de los sujetos a esa tarifa cero podía limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, en el sentido del art. 3, apartado 2, del reglamento, en una parte significativa del mercado. En efecto, esos paquetes pueden potenciar la utilización de las aplicaciones y los servicios privilegiados y reducir correlativamente la de las demás aplicaciones y servicios disponibles, ya que el proveedor de servicios de acceso a internet dificulta o incluso imposibilita técnicamente la utilización. Además, cuanto mayor es el número de clientes que celebra esos acuerdos, mayor es la posibilidad de que la incidencia acumulada de esos acuerdos, habida cuenta de su magnitud, provoque una limitación importante del ejercicio de los derechos de los usuarios finales, o incluso menoscabe aspectos esenciales de estos derechos.

En segundo lugar, en lo que atañe a la interpretación del art. 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que, para apreciar una incompatibilidad con esa disposición, no era necesaria ninguna evaluación de la incidencia de las medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico en los derechos de los usuarios finales. En efecto, la mencionada disposición no impone este requisito para apreciar el cumplimiento de la obligación general de trato equitativo y no discriminatorio del tráfico que en ella se establece. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que, puesto que las medidas de ralentización o de bloqueo del tráfico no se basaban en diferencias objetivas entre los requisitos técnicos en materia de calidad de servicio de determinadas categorías específicas de tráfico, sino en consideraciones de índole comercial, esas medidas eran, como tales, incompatibles con la disposición.

En consecuencia, unos paquetes como los sujetos al control del Tribunal General de la Capital, de Hungría, pueden, con carácter general, infringir tanto el art. 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 como el art. 3, apartado 3, con la precisión de que las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales competentes pueden empezar a examinarlos en relación con la segunda de las citadas disposiciones.

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 General de la Capital, Hungría, en el caso *Telenor Magyarország Zrt./Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke*, asuntos acumulados C-807/18 y C-39/19, sentencia del 15-9-2020, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C2322DBC4DCDC0E7457BF0478EC4EC18?text=&docid=231042&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=592724>



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de propiedad. Derecho a la tutela judicial efectiva. Decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con un delito. Embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Legislación nacional que prevé el decomiso en beneficio del Estado del bien utilizado en la comisión de un delito de contrabando. Bien que pertenece a un tercero de buena fe. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: O. M. era conductor de camiones de transporte internacional en una sociedad de transportes establecida en Turquía para hacer trayectos entre ese país y Alemania. En junio de 2018, aceptó transportar ilegalmente a Alemania unas tres mil monedas antiguas, escondidas en la cabina del camión, a cambio de una compensación económica. Después de haber cruzado la frontera entre Turquía y Bulgaria, un control aduanero descubrió las monedas.

Durante la investigación, la empresa turca solicitó la restitución de la cabina y del semirremolque. Alegó que no tenía relación alguna con la infracción penal y que la restitución de esos bienes no obstaculizaba la investigación. Su solicitud fue denegada.

En marzo de 2019, O. M. fue condenado por el Tribunal Provincial de Haskovo, Bulgaria, por contrabando agravado. A raíz de esa condena, las monedas y la cabina fueron incautadas por el Estado búlgaro. El semirremolque fue restituido a la compañía turca, puesto que no estaba directamente vinculado con la comisión del delito.

El Tribunal de Apelación de Plovdiv, Bulgaria, que conoce del recurso de apelación en este procedimiento, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si los arts. 17 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se oponían a la normativa búlgara aplicable al litigio. Esta normativa prevé el decomiso de los medios de transporte utilizados para cometer un delito de contrabando, aunque sean propiedad de un tercero que haya actuado de buena fe —en este asunto, el empresario para el que trabajaba el conductor de camiones que había cometido el delito—, y no ofrece al tercero la posibilidad de exponer su punto de vista.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que era contraria al derecho de la Unión una normativa nacional que permitía el decomiso de un instrumento utilizado para cometer un delito de contrabando agravado, pero que, en verdad, era propiedad de un tercero que actuaba de buena fe. Además, consideró que el propietario de un bien decomisado debía disponer de una vía de recurso efectiva contra esa medida.

1. El decomiso de instrumentos utilizados para cometer una infracción penal castigada con una pena privativa de libertad superior a un año se rige por el derecho de la Unión, en concreto, por la Decisión Marco 2005/212, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Esta normativa se aplica también al decomiso de los bienes que sean propiedad de terceros y exige, en particular, que se protejan los derechos de estos cuando actúen de buena fe.

En ese contexto, corresponde tener en cuenta el derecho de propiedad garantizado en el art. 17 de la Carta. Este derecho puede estar sujeto a limitaciones que deben responder efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y que no constituyan una intervención desmesurada e intolerable, que pueda afectar la propia esencia del derecho de propiedad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacó que la finalidad de la normativa búlgara era impedir la importación ilícita de mercancías en el país. No obstante, como el decomiso afectaba a un tercero que actuaba de buena fe, que no sabía ni podía saber que su bien había sido utilizado para cometer una infracción, ese decomiso constituía —dado el objetivo perseguido— una intervención desmesurada e intolerable que dañaba la propia esencia del derecho de propiedad del tercero. Por lo tanto, el tribunal concluyó que la normativa no respetaba el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. En lo que respecta al derecho a recurrir del propietario de los bienes decomisados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordó que la Decisión Marco 2005/212 imponía a cada Estado miembro la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas afectadas por el decomiso de los instrumentos y productos de infracciones penales dispusieran de vías de recurso efectivas. Además, el art. 47 de la Carta dispone que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva.

Por consiguiente, un tercero al que se le haya decomisado un bien debe poder impugnar la legalidad de la medida con el fin de recuperar el bien si el decomiso no estuviera justificado.

Según indicó el Tribunal de Apelación de Plovdiv, el derecho búlgaro no preveía ese derecho a recurrir.

Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró contraria al derecho de la Unión una normativa nacional que, en el marco de un proceso penal, permitiera el decomiso de un bien, propiedad de un tercero sin relación con la infracción penal, sin que esa persona dispusiera de una vía de recurso efectiva.

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 de Apelación de Plovdiv, Bulgaria, en el asunto C-393/19, Okrazhna prokuratura-Haskovo y Apelativna prokuratura-Plovdiv, sentencia del 14-1-2021, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=236424&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=177570>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del trabajo. Política social. Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Concepto de discriminación. Discriminación directa. Discriminación indirecta. Discriminación por motivos de discapacidad. Diferencia de trato dentro de un grupo de trabajadores discapacitados. Concesión de un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado, después de una fecha elegida por el empresario, un certificado de discapacidad. Exclusión de los trabajadores discapacitados que hubieran presentado su certificado antes de esa fecha. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: V. L. trabajó para un hospital en Cracovia, Polonia, desde octubre de 2011 hasta septiembre de 2016. En diciembre de 2011 obtuvo un certificado de discapacidad, que entregó a su empleador ese mismo mes. Con el fin de reducir el importe de las contribuciones al Fondo Estatal para la Readaptación de las Personas con Discapacidad, el director del hospital, tras una reunión con el personal que tuvo lugar en el segundo semestre de 2013, decidió conceder un complemento salarial mensual a quienes le entregaran un certificado de discapacidad. Concedió el complemento salarial a trece de los trabajadores que habían presentado el certificado después de la reunión, mientras que otros dieciséis trabajadores que lo habían entregado antes de que hubiera tenido lugar la reunión, entre ellos V. L., no percibieron el complemento.

V. L. interpuso una demanda contra su empleador ante el Tribunal de Distrito de Cracovia-Nowa Huta, Sala Cuarta de lo Laboral y de lo Social de Polonia. Alegó

haber sufrido una discriminación en cuanto a sus condiciones de remuneración. La demanda fue desestimada.

V. L. apeló la sentencia. Alegó que su empleador había concedido el complemento salarial a un grupo de trabajadores que compartían una característica común, el hecho de tener una discapacidad, pero a condición de que hubieran presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por él, lo que tuvo como efecto excluir del goce del complemento salarial a los trabajadores que habían presentado su certificado antes de esa fecha. V. L. alegó que la práctica de incitar a los trabajadores discapacitados que aún no habían presentado un certificado de discapacidad a hacerlo para reducir el importe de las contribuciones al PFRON del hospital era contraria a la Directiva 2000/78 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) que prohíbe toda discriminación, directa o indirecta, por motivos de discapacidad.

El Tribunal Regional de Cracovia (Sąd Okręgowy w Krakowie), Polonia, al albergar dudas sobre la interpretación del art. 2 de la directiva y, en particular, sobre la cuestión de si puede producirse una discriminación, en el sentido de esta disposición, cuando un empresario realiza una distinción dentro de un grupo de trabajadores que presenta una misma característica protegida, decidió plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Consultó si la práctica de excluir a un grupo de trabajadores discapacitados del goce de un complemento salarial por haber presentado un certificado de discapacidad antes de la fecha arbitrariamente elegida por el empleador podía constituir una discriminación en el sentido de la disposición de la CEDH.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que la práctica de excluir a un grupo de trabajadores discapacitados del goce de un complemento salarial por haber presentado un certificado de discapacidad antes de una fecha elegida sin un criterio transparente por parte del empleador podía constituir una discriminación directa e indirecta por motivos de discapacidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reunido en Gran Sala, examinó, en primer lugar, si el hecho de que un grupo de personas aquejadas de una discapacidad reciba una diferencia de trato puede estar comprendido en el concepto de discriminación contemplado en el art. 2 de la directiva. A este respecto, señaló que del artículo no se deduce que la prohibición de discriminación esté limitada a las diferencias de trato entre personas que padecen de una discapacidad y personas que no. El contexto en el que se inscribe el artículo tampoco contiene esa limitación. El objetivo perseguido por la directiva aboga por interpretar su art. 2 en el sentido de que no restringe solamente a las personas no discapacitadas la comparación que debe establecerse a fin de identificar la existencia de tratos discriminatorios.

Es cierto, como señaló el Tribunal de Justicia, que los supuestos de discriminación suelen concernir a personas con discapacidad que reciben un trato menos favorable en comparación con otras que no padecen la misma condición. No obstante, la protección conferida por la directiva sería insuficiente

si no comprendiera, además, los casos en que la discriminación se produce entre personas con discapacidad.

Así pues, el principio de igualdad de trato consagrado por la directiva tiene por objeto proteger a un trabajador con discapacidad frente a cualquier discriminación basada en esa discapacidad, y ello no solo respecto de los trabajadores que no tengan discapacidad, sino también respecto de los demás trabajadores con discapacidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinó, en un segundo momento, si la práctica controvertida podía constituir una discriminación por motivos de discapacidad. A este respecto, indicó que, cuando un empresario trata a un trabajador de manera menos favorable que a otro de sus trabajadores en situación análoga, y cuando ese trato desfavorable resulta haberse dispensado, dadas las circunstancias pertinentes del caso, sobre la base de la discapacidad de ese primer trabajador, se constituye una discriminación directa en el sentido del art. 2.2.a. de la directiva, en la medida en que se apoya en un criterio indisociablemente vinculado a esa discapacidad. Habida cuenta de que la práctica en cuestión dio lugar a una diferencia de trato entre dos categorías de trabajadores discapacitados que se encontraban en situación análoga, corresponde al Tribunal Regional de Cracovia, Polonia, determinar si el requisito temporal impuesto por el empresario para percibir el complemento salarial controvertido —la entrega del certificado de discapacidad con posterioridad a una fecha elegida por el empresario— constituye un criterio indisociablemente vinculado a la discapacidad de los trabajadores a los que se ha denegado el complemento. A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló que, en este caso, el empresario no parece haber ofrecido a los trabajadores discapacitados que ya le habían entregado el certificado la posibilidad de presentarlo otra vez o de presentar uno nuevo. Dadas las características de la práctica controvertida, para la cual no parece haberse fijado ningún criterio transparente a fin de conceder o no el complemento salarial, podría haber sido imposible para este grupo de trabajadores con discapacidad cumplir con el requisito temporal del empleador que, además, conocía necesariamente su situación cuando lo dispuso. En efecto, los trabajadores habían oficializado previamente su situación mediante la presentación de un certificado de discapacidad. Por consiguiente, se trató de una discriminación directa.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señaló que, si el Tribunal Regional de Cracovia comprobara, por el contrario, que la diferencia de trato controvertida resultó de una práctica aparentemente neutra, para determinar si esta práctica constituyó una discriminación indirecta en el sentido del art. 2.2.b. de la directiva, deberá averiguar si tuvo como efecto perjudicar especialmente a quienes presentaban ciertas discapacidades y no otras, es decir, si la discriminación se basó en la naturaleza de su discapacidad, en su carácter ostensible o en el hecho de que requiriera compensaciones razonables, como un puesto o un horario de trabajo adaptados.

En efecto, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podría considerarse que son principalmente trabajadores con determinada discapacidad quienes se vieron obligados a oficializar su estado de salud ante el empleador antes de la fecha elegida por este, mientras que otros trabajadores que con discapacidades de

distinta naturaleza, por ser menos graves o por no necesitar de forma inmediata tales ajustes, conservaron la posibilidad de realizar o no ese trámite.

Por lo tanto, una práctica como la controvertida, aunque aparentemente neutra, puede constituir una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, si ocasiona una desventaja particular a los trabajadores discapacitados en función de la naturaleza de su discapacidad, y no está objetivamente justificada por una finalidad legítima, cuando los medios para la consecución de esa finalidad no son adecuados y necesarios, extremo que corresponde comprobar al Tribunal Regional de Cracovia, Polonia.

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 Regional de Cracovia, Polonia, en el asunto C-16/19 VL vs. Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, sentencia del 26-1-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C666DF35B44954FE5B9D9465B3D33E6C?text=&docid=236963&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9033214>



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Política económica y monetaria. Competencia exclusiva de la Unión. Concepto de “curso legal”. Aceptación obligatoria de los billetes de banco en euros. Posibilidad de que los Estados miembros prevean limitaciones para los pagos en billetes y monedas denominados en euros. Norma regional que excluye el pago en efectivo de un canon audiovisual a un organismo regional de radiodifusión de derecho público. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: dos ciudadanos alemanes obligados al pago del canon audiovisual en el estado federado de Hesse (Alemania) propusieron al organismo de radiodifusión local (Hessischer Rundfunk) pagar ese canon en efectivo. El organismo invocó su Reglamento Corporativo sobre Procedimiento de Pago del Canon Audiovisual —que excluye toda posibilidad de pagarlo en efectivo—, rechazó

la propuesta y les remitió sendas liquidaciones. Los dos accionantes interpusieron un recurso contra las liquidaciones.

El Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo de Alemania (Bundesverwaltungsgericht) señaló que la exclusión de la posibilidad de pagar el canon audiovisual mediante billetes denominados en euros, de acuerdo con lo establecido en el reglamento del organismo de radiodifusión, infringía una disposición de derecho federal de rango superior, según la cual los billetes denominados en euros son de curso legal ilimitado (art. 14, apartado 1, segunda frase, de la Ley del Banco Federal Alemán, texto actualizado).

No obstante, dado que tenía dudas sobre la conformidad de esa disposición de derecho federal con la competencia exclusiva de la Unión en el ámbito de la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro, el Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo de Alemania planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Consultó si el curso legal que tienen los billetes denominados en euros prohibía a los organismos públicos de los Estados miembros impedir usar dinero en efectivo para cancelar una obligación de pago impuesta en virtud de prerrogativas públicas, como ocurre con el pago del canon audiovisual en el estado federado de Hesse.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que, en el marco de la organización de su administración pública, un Estado miembro cuya moneda es el euro podía adoptar una medida que obligara a aceptar pagos en efectivo o fijar una excepción a esa obligación, por razones de interés público y con determinados requisitos.

Esa limitación puede estar justificada, en particular, cuando el pago en efectivo sea capaz de generar un costo irrazonable para la administración debido al elevado número de contribuyentes.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia analizó el concepto de “política monetaria”, en cuyo ámbito la Unión dispone de competencia exclusiva respecto de los Estados miembros cuya moneda es el euro. Precisó que ese concepto no se limitaba a su aplicación operativa, sino que suponía también una dimensión normativa dirigida a garantizar el estatuto del euro como moneda única. Además, señaló que la atribución de “curso legal”, referida únicamente a los billetes denominados en euros y emitidos por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales, consagraba el carácter oficial de esos billetes en la zona euro, por lo que otros billetes no podían beneficiarse de ese carácter. Al respecto, añadió que el concepto de “curso legal” de un medio de pago denominado en una unidad monetaria significaba que, en términos generales, ese medio de pago no podía rechazarse como forma de pago de una deuda denominada en la misma unidad monetaria. Por último, subrayó que el hecho de que el legislador de la Unión pudiera establecer las medidas necesarias para el uso del euro como moneda única reflejaba la exigencia de establecer principios uniformes para todos los Estados miembros cuya moneda es el euro, y contribuía a lograr el objetivo principal de la política monetaria de la Unión, es decir, mantener la estabilidad de precios.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la Unión Europea era la única competente para precisar el curso legal reconocido a los billetes denominados en euros. Al respecto, recordó que, cuando se atribuye una competencia exclusiva a la Unión, los Estados miembros no pueden adoptar o mantener disposiciones en el ámbito de esa competencia, ni siquiera en los casos en que la Unión Europea no haya ejercido su competencia exclusiva.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que no era necesario, para la consagración o la preservación de la efectividad del curso legal de los billetes denominados en euros, imponer una obligación absoluta de aceptación de esos billetes como medio de pago. Tampoco era necesario que la Unión fijara de manera exhaustiva y uniforme las excepciones a esta obligación de principio, siempre que fuera posible, por regla general, pagar en efectivo.

Por consiguiente, concluyó que los Estados miembros cuya moneda es el euro eran competentes para regular las modalidades de cumplimiento de las obligaciones de pago, siempre que, por regla general, fuera posible pagar en efectivo mediante dinero denominado en euro. Así pues, un Estado miembro puede adoptar una medida que obligue a su administración pública a aceptar pagos en efectivo en esa moneda.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señaló que el curso legal de los billetes y monedas denominados en euros suponía, por sí mismo, la obligación de aceptarlos. No obstante, precisó que, en principio, los Estados miembros podían limitar esta obligación por razones de interés público, a condición de que esas limitaciones fueran proporcionales al objetivo de interés público perseguido, lo que implicaba, en particular, que existieran otros medios legales para el pago de créditos pecuniarios.

Al respecto, indicó que resultaba de interés público que las deudas pecuniarias frente a autoridades públicas pudieran ser satisfechas de un modo que no implicara para la administración un costo irrazonable en la prestación de sus servicios. Así pues, la razón de interés público consistente en la necesidad de garantizar el cumplimiento de una obligación de pago impuesta en virtud de prerrogativas públicas puede justificar una limitación a los pagos en efectivo, especialmente cuando el número de contribuyentes es muy elevado.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia concluyó que correspondía al Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo de Alemania comprobar si esa limitación era proporcional al objetivo del cobro efectivo del canon audiovisual, en particular dado que los medios de pago legales alternativos podían no resultar accesibles a todos los sujetos pasivos.

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 en lo Contencioso-Administrativo de Alemania, en los asuntos acumulados C-422-19 y 423-19, *Johannes Dietrich y Norbert Häring vs Hessischer Rundfunk*, sentencia del 26-1-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=236962&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=-first&part=1&cid=2284002>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Reconocimiento de cualificaciones profesionales. Normativa nacional. Admisión de la posibilidad del acceso parcial a una de las profesiones a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de las cualificaciones profesionales. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: Organizaciones profesionales del sector sanitario francés (Les Chirugiens-Dentistes de France, Confédération des syndicats médicaux français, Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, Syndicat des biologistes, Syndicat des laboratoires de biologie clinique, Syndicat des médecins libéraux, Union dentaire, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes y el Conseil national de l'ordre des infirmiers) iniciaron acciones legales contra la ministra de Solidaridad y Salud, la ministra de Enseñanza Superior, Investigación e Innovación y el primer ministro de Francia, a fin de solicitar la anulación de actos reglamentarios relativos a determinados aspectos del acceso parcial a las profesiones sanitarias. El Código de Salud Pública de Francia permite el acceso parcial a todas las profesiones sanitarias, incluso aquellas a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de las cualificaciones profesionales.

El Consejo de Estado francés solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronunciara sobre si la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales dentro de la Unión, en su versión modificada por la Directiva 2013/55/UE, excluye que un Estado miembro establezca la posibilidad del acceso parcial a una de las profesiones a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de cualificaciones profesionales previsto en esa misma directiva.

Sentencia: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que los Estados miembros pueden permitir el acceso parcial a una de las profesiones a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de las cualificaciones profesionales, entre las que están incluidas algunas profesiones sanitarias. La distinción debe realizarse entre los profesionales, que disfrutan del reconocimiento automático, y las profesiones, respecto de las que puede establecerse el acceso parcial.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordó que, en lo que respecta a los títulos de formación de médico, enfermero responsable de cuidados generales,

odontólogo, veterinario, partera y farmacéutico, la directiva prevé un sistema de reconocimiento automático de los títulos de formación, basado en la coordinación de las condiciones mínimas de formación. No obstante, precisó que son los profesionales que gozan del reconocimiento automático de sus cualificaciones quienes están excluidos del acceso parcial previsto por la directiva, y no las profesiones a que se refiere dicho reconocimiento automático. Así pues, el legislador de la Unión quiso distinguir entre el uso de los términos “profesiones” y “profesionales”.

A continuación, recordó que, en caso de razones imperiosas de interés general, un Estado miembro debe poder denegar el acceso parcial, en especial para las profesiones sanitarias con implicaciones en materia de salud pública y de seguridad de los pacientes. Las profesiones sanitarias incluyen, en particular, aquellas a las que se aplica el reconocimiento automático de cualificaciones profesionales, como las de médico, enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, partera y farmacéutico, que se benefician del reconocimiento automático. Por consiguiente, la posibilidad de que se deniegue el acceso parcial a dichas profesiones supone que, en principio, no está excluido el acceso parcial a ellas.

Este acceso parcial responde, por un lado, al objetivo general de eliminar los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios entre los Estados miembros; por el otro, al objetivo más específico de conceder un acceso parcial al profesional que lo solicite cuando en el Estado miembro de acogida las actividades de que se trate formen parte de una profesión cuyo ámbito de actividad tenga un alcance mayor que en el Estado miembro de origen, y cuando las diferencias entre los ámbitos de actividad sean tan grandes que deba exigirse al profesional que lleve a cabo un programa completo de enseñanza y formación para paliar sus lagunas.

Asimismo, declaró que, en caso de no habilitarse el acceso parcial a las profesiones sanitarias citadas, un gran número de profesionales sanitarios cualificados que provengan de un Estado miembro podrían enfrentar obstáculos para ejercer su especialidad cuando esta no sea reconocida como profesión existente en el Estado miembro de acogida.

En consecuencia, la directiva implica que los profesionales que disfrutan del reconocimiento automático de sus cualificaciones profesionales tienen acceso a la totalidad de las actividades comprendidas en la profesión correspondiente en el Estado miembro de acogida, por lo que no se ven afectados por el acceso parcial. En cambio, esta disposición no implica que el acceso parcial no sea de aplicación a las profesiones a las que se aplica el reconocimiento parcial.

Por lo dicho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dedujo que la directiva no se opone a una normativa que admite la posibilidad del acceso parcial a una de las profesiones a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de las cualificaciones profesionales que prevé.

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 Consejo de Estado de Francia, en el asunto C-940/19 Les chirurgiens-dentistes de France y otros vs Ministre des Solidarités et de la Santé y otros, sentencia del 25-2-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238172&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3378543>



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Sanciones administrativas de carácter penal. Falta de cooperación con las autoridades competentes. Derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación. Información privilegiada. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en mayo de 2012, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), es decir, la Comisión Nacional del Mercado de Valores de Italia, impuso a D. B., un ciudadano italiano, sanciones por un total de 300 000 euros por una infracción administrativa de uso de información privilegiada, que había ocurrido en 2009.

También le impuso una sanción de 50 000 euros por falta de cooperación. En efecto, tras solicitar reiteradamente un aplazamiento de la fecha de la audiencia a la que había sido citado en calidad de persona informada de los hechos, D. B. se había negado a responder las preguntas que se le habían formulado cuando compareció.

Tras la desestimación de su recurso contra las sanciones, D. B. interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema di Cassazione (Corte de Casación de Italia). En febrero de 2018, ese tribunal remitió a la Corte Costituzionale (Corte Constitucional de Italia) una cuestión incidental de constitucionalidad relativa a la disposición del derecho italiano sobre la que se había fundado la sanción por falta de cooperación. Esta disposición sanciona la falta de cumplimiento en plazo de los requerimientos de la Consob o el hecho de retrasar el ejercicio de las funciones de supervisión de esta autoridad, inclusive respecto de la persona a la que la Consob imputa el uso indebido de información privilegiada.

La Corte Costituzionale subrayó que, en el derecho italiano, las operaciones con información privilegiada representaban al mismo tiempo una infracción administrativa y una infracción penal. Además, destacó que la disposición en cuestión había sido introducida en el ordenamiento jurídico italiano con el fin de cumplir una obligación específica impuesta por la Directiva 2003/6, sobre las

operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, y que esa norma actualmente constituía el mecanismo de aplicación del Reglamento n.º 596/2014. Por último, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la compatibilidad de esas disposiciones con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en concreto, con el derecho a guardar silencio.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que toda persona física sometida a una investigación administrativa por uso de información privilegiada tenía derecho a guardar silencio cuando, a partir de sus respuestas, se pudiera establecer su propia responsabilidad por una infracción que conllevara sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal. Sin embargo, el derecho a guardar silencio no puede justificar la falta de cooperación con las autoridades competentes, como sucede en el caso de la negativa a presentarse a una audiencia o del recurso a maniobras dilatorias.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, constituido en Gran Sala, reconoció la existencia, en favor de toda persona física, del derecho a guardar silencio, protegido por la Carta, y consideró que la Directiva 2003/6 y el Reglamento n.º 596/2014 permitían a los Estados miembros respetar ese derecho en el marco de una investigación que pudiera llevar a declarar su propia responsabilidad por una infracción que conllevara sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal. A este respecto, precisó que la jurisprudencia relativa a la obligación de las empresas, en el marco de procedimientos sancionadores por comportamientos contrarios a la competencia, de facilitar información que posteriormente pudiera utilizarse para determinar su responsabilidad por esas conductas no podía aplicarse por analogía para establecer el alcance del derecho a guardar silencio de una persona física acusada del uso de información privilegiada. Añadió que, sin embargo, el derecho a guardar silencio no podía justificar la falta de cooperación de la persona afectada con las autoridades competentes, como sucede en el caso de la negativa a presentarse a una audiencia o de maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración.

Por último, señaló que tanto la Directiva 2003/6 como el Reglamento n.º 596/2014 se prestaban a una interpretación acorde con el derecho a guardar silencio, en el sentido de que no exigían que una persona física fuera sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente, con arreglo a esa directiva o a ese reglamento, respuestas de las que pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción que conllevara sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal. En estas circunstancias, el hecho de que no excluyan expresamente la imposición de una sanción por esa negativa no puede afectar la validez de las disposiciones citadas. Corresponde a los Estados miembros garantizar que una persona física no pueda ser sancionada por su negativa a dar respuestas a la autoridad competente.

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 la Corte Costituzionale de Italia, en el asunto C-481/19, *DB/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, sentencia del 2-2-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=449635E69A4E8BE1664E-927CE100A8C3?text=&docid=237202&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3375625>.



Derecho de la Unión Europea. Prohibición de tortura y de malos tratos. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en enero de 2011, Iñigo González Etayo fue detenido en su domicilio por agentes de la Guardia Civil en el marco de una investigación judicial por su pertenencia a las organizaciones EKIN y SEGI, que forman parte del grupo terrorista ETA. Fue conducido a la Audiencia Provincial de Pamplona, donde, según el informe pericial, había prestado su consentimiento para ser reconocido por el médico forense, quien constató que no padecía ningún signo físico o psíquico de violencia. González Etayo declaró voluntariamente que, hasta el momento, el trato había sido bueno.

Sin embargo, ante el juez, denunció que había sido maltratado y amenazado durante su detención y que el reconocimiento de su participación en varios hechos relacionados con la organización EKIN, efectuado en presencia de un abogado de oficio, había sido planificado por los guardias civiles responsables de su custodia y obtenido bajo coacción. Estos hechos fueron investigados por un juzgado de instrucción de Madrid que, en octubre de 2011, decretó el sobreseimiento provisional por la ausencia de indicios de que el demandante hubiera sufrido malos tratos. González Etayo recurrió la sentencia.

En noviembre de 2012, la Audiencia Provincial de Madrid revocó el auto de sobreseimiento y requirió al juez de instrucción nuevas pruebas. Una vez realizadas, el juez dictó un segundo auto de sobreseimiento. Concluyó que, ante la falta de signos que corroboraran, al menos indiciariamente, la versión del denunciante, no debía proseguir la instrucción por no existir fundamentos para una acusación penal. González Etayo también recurrió esta sentencia.

La Audiencia Provincial de Madrid revocó el segundo sobreseimiento y ordenó nuevas pruebas. En vista de la falta de indicios, el juez de instrucción dictó un tercer sobreseimiento, en el que reiteró sus conclusiones anteriores, y González Etayo lo apeló nuevamente. En 2015, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó el sobreseimiento. Afirmó que las manifestaciones del demandante no bastaban

para determinar que se habían cometido delitos de maltrato, ya que debían ser corroboradas por otras pruebas.

González Etayo interpuso un amparo ante el Tribunal Constitucional, que no admitió el recurso. Entonces, González Etayo presentó una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Alegó la vulneración del art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (que sostiene que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes), porque consideró que había sufrido malos tratos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró admisible la queja respecto del art. 3 del Convenio en su aspecto procesal, pero la consideró inadmisibile en cuanto al resto. Determinó que había habido una violación del aspecto procesal del art. 3. Ordenó al Estado abonar veinte mil euros en concepto de daños morales más intereses. Desestimó el resto de la demanda de satisfacción equitativa.

1. El asunto se refería a la omisión de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz, por parte de los tribunales españoles, sobre los presuntos malos tratos infligidos al demandante mientras estuvo bajo custodia policial incomunicada.

Sobre la admisibilidad, la Corte Europea de Derechos Humanos expresó ser consciente de las dificultades a las que un detenido podía verse sometido para aportar pruebas de los malos tratos sufridos durante la custodia policial incomunicada, en particular cuando no dejan rastro. Indicó también que era imposible para un detenido en régimen de incomunicación obtener elementos de prueba que pudieran demostrar la veracidad de sus alegaciones, y que únicamente los jueces que conocieran del caso o de la denuncia podían recolectar esas pruebas *a posteriori*. Por lo tanto, entendió que el art. 3 del Convenio era aplicable a este caso.

2. Sobre la alegada insuficiencia de las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades nacionales

La Corte Europea de Derechos Humanos recordó que, cuando un individuo afirmaba de manera argumentada haber sufrido malos tratos a manos de la policía u otros servicios comparables del Estado en contra de lo dispuesto en el art. 3 del Convenio, esa disposición —en conjunción con el deber general impuesto al Estado por el art. 1 del Convenio de “reconocer a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos (...) en el Convenio”— exigía, implícitamente, que se lleve a cabo una investigación oficial efectiva. La investigación debe poder conducir a identificar y, en su caso, sancionar a los responsables. De lo contrario, la prohibición legal general de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica y, por lo tanto, permitiría en ciertos casos que los funcionarios del Estado violaran, con una impunidad casi absoluta, los derechos de quienes se encontraran bajo su jurisdicción.

La Corte Europea observó que González Etayo estuvo bajo custodia policial incomunicada durante cuatro días, durante los cuales no pudo informar sobre la situación o el lugar de detención a una persona de su elección, ni tampoco pudo ser asistido por un letrado libremente elegido, en virtud de las normas aplicables a la custodia policial incomunicada. El accionante describió de

manera precisa y detallada los malos tratos a los que afirma haber sido sometido cuando presentó la denuncia ante el juez de guardia de Pamplona y ante el Juez Central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional. La gravedad de los delitos denunciados merecía una investigación exhaustiva por parte del Estado, que condujera al esclarecimiento de los hechos, a la identificación y, si correspondiera, a la sanción de los responsables. En cuanto a las investigaciones realizadas por las autoridades judiciales sobre las denuncias de malos tratos, la Corte observó que el Juzgado Central de Instrucción n.º 3 no había atendido las peticiones de los familiares para que se adoptaran medidas de investigación y protección mientras González Etayo estaba bajo custodia policial. Tampoco había ordenado ninguna medida de investigación a raíz de las declaraciones del demandante, ni había remitido el expediente a ningún otro juez competente.

En cuanto a la denuncia de malos tratos interpuesta ante el juzgado de guardia de Pamplona, la Corte Europea observó que algunas de las pruebas requeridas por el demandante habían sido tomadas en consideración por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Madrid, a quien se había asignado el examen de la denuncia. En efecto, ese juez requirió que se le remitieran las grabaciones de la custodia policial, lo que resultó infructuoso ya que las dependencias policiales no estaban equipadas para ello y el Juez Central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional no había ordenado nada al respecto. El Juzgado de Instrucción n.º 4 también solicitó una copia de los informes de los médicos forenses y las declaraciones realizadas por el accionante mientras estaba bajo custodia policial y ante el juez central de instrucción. Sin embargo, consideró que no había indicios de que hubieran ocurrido los malos tratos denunciados y emitió un primer auto de sobreseimiento, que fue revocado en apelación.

El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Madrid solicitó la audiencia del abogado que había asistido al demandante y de los médicos forenses que habían intervenido en todo el proceso. El abogado declaró que, durante su testimonio ante el juzgado central de instrucción, el accionante se había referido a los malos tratos. Tras el segundo sobreseimiento dictado por el juez de instrucción, debido a que el demandante no había informado a los médicos forenses que había sufrido malos tratos y a la ausencia total de signos de violencia durante los exámenes médicos, así como el segundo recurso del accionante, en el que seguía solicitando medios de prueba, se celebró una nueva audiencia con el abogado de oficio. El tercer auto de sobreseimiento dictado por el juzgado de instrucción fue confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid, que consideró que las alegaciones de González Etayo no eran suficientes para determinar que se habían cometido los delitos.

Cuando existen motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura, corresponde a las autoridades competentes del Estado proceder a una investigación pronta e imparcial. Aunque la Corte Europea advirtió el interés de la Audiencia Provincial de Madrid por disipar cualquier duda sobre los supuestos malos tratos, observó que la anulación, en dos ocasiones en apelación, de los sobreseimientos dictados por el juzgado de instrucción no era suficiente para considerar que la investigación había sido suficientemente exhaustiva

y eficaz y cumplido los requisitos del art. 3 del Convenio. Una investigación eficaz es mucho más necesaria en este caso, dado que González Etayo estaba en una situación de total ausencia de comunicación con el mundo exterior, lo que exigía un mayor esfuerzo por parte de las autoridades nacionales para establecer los hechos denunciados. La obtención de los elementos de prueba sugeridos, y en particular la identificación y la audiencia de los agentes encargados de su vigilancia durante su custodia policial incomunicada, podría haber contribuido al esclarecimiento de los hechos.

La Corte Europea reiteró la importancia de adoptar medidas para mejorar la calidad del reconocimiento médico forense de las personas que están bajo custodia policial incomunicada, y afirmó que las autoridades españolas deberían establecer un código de conducta claro en cuanto al procedimiento que siguen, durante los interrogatorios, los responsables de vigilar a los detenidos en régimen de incomunicación y garantizar su integridad física.

La situación de especial vulnerabilidad de los detenidos en régimen de incomunicación exige que se adopten medidas adecuadas de control judicial y se apliquen rigurosamente con el fin de evitar abusos y proteger su integridad física. La Corte Europea estimó que correspondía a los jueces competentes en materia de custodia policial incomunicada adoptar un enfoque más proactivo sobre las facultades de supervisión de que disponen.

La Corte Europea concluyó que, dada la falta de una investigación exhaustiva y eficaz de la denuncia de González Etayo, se había vulnerado el art. 3 del Convenio en su aspecto procesal.

3. Sobre las denuncias de malos tratos bajo custodia policial

González Etayo, en respuesta a las observaciones del Gobierno, alegó una violación material del art. 3 del Convenio, mientras que en su demanda se limitó a recordar la prohibición general de la tortura y el incumplimiento por parte de España, a su juicio, de las recomendaciones de las instituciones internacionales al respecto, además de impugnar el régimen de custodia policial incomunicada en el ordenamiento jurídico español.

La Corte Europea consideró que esta queja era extemporánea y la rechazó.

4. Sobre la aplicación del art. 41 del Convenio

El art. 41 del Convenio indica: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

González Etayo solicitó 25 000 euros por los daños morales que afirmaba haber sufrido. Por su parte, el Gobierno consideró que los daños morales no habían sido probados.

La Corte Europea consideró que, dada la violación constatada, debía otorgarse al demandante una indemnización por daños morales. Tuvo en cuenta las cantidades asignadas en casos similares y decidió concederle 20 000 euros, más cualquier importe que pudiera corresponder en concepto de impuestos.

5. Gastos y costas

González Etayo reclamó 3 500 euros por los gastos y costas incurridos ante la Corte Europea. El Gobierno sostuvo que ese importe había sido pagado por las asociaciones que lo acompañaron y no por él.

Según la jurisprudencia de la Corte Europea, un demandante tiene derecho al reembolso de sus costas y gastos únicamente si se demuestra que se produjeron efectivamente y que eran necesarios y razonables en cuanto a su cuantía. En este asunto, de acuerdo con la documentación aportada, con la ausencia de una factura detallada y liquidada respecto a los honorarios de su abogada, con los informes de gastos de la abogada (que no se habían facturado directamente al accionante) y con su propia jurisprudencia, la Corte Europea decidió no concederle indemnización por este concepto.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sección Tercera, asunto *González Etayo c. España* (demanda n.º 20690/17), sentencia del 19-1-21, en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Gonz%c3%a1lez%20Etayo%20c.%20Espa%c3%b1a.pdf>.



Derecho de la Unión Europea. Prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Inmigrantes ilegales. Expulsión arbitraria. Carga de la prueba de los riesgos. Deber de evaluar las circunstancias en el país de destino. Procedimiento deficiente. Derecho a un recurso efectivo. Protección contra la expulsión arbitraria. Derecho a la libertad y la seguridad. Derecho a interponer un recurso contra la privación de libertad. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: M. A., un ciudadano sudanés, originario de la región de Darfur, huyó de su país a causa del conflicto armado. Ingresó a Bélgica ilegalmente en una fecha desconocida. Mientras intentaba llegar al Reino Unido, la policía lo detuvo en agosto de 2017. En el mismo día, recibió la orden de salir del territorio y fue trasladado a un centro cerrado para extranjeros ilegales con miras a su expulsión.

M. A., en ejercicio de su derecho a ser oído antes de la expulsión, le dijo a un oficial del centro de detención que había huido de Sudán porque era perseguido. Presentó una solicitud de asilo en septiembre de ese año, pero la retiró pocos días después, ya que las autoridades belgas anunciaron que estaban trabajando con el Gobierno sudanés para identificar y repatriar a los inmigrantes ilegales de esa nacionalidad. Poco tiempo después, participó en el centro de una reunión con la misión de identificación sudanesa, que emitió un permiso de viaje para que retornara a su país natal.

El 11 de octubre de 2017, M. A., con asistencia letrada, interpuso un pedido de liberación ante el Tribunal de Primera Instancia de Lovaina. Le comunicaron que su recurso sería tratado en una audiencia el 17 de ese mes. Sin embargo, el 12, antes de que el tribunal analizara su caso, la Oficina de Inmigración le advirtió que debería abordar un vuelo hacia Sudán. Ese mismo día, M. A. presentó una medida cautelar al presidente del Tribunal de Primera Instancia (de habla holandesa) de Bruselas para que prohibiera al Estado belga deportarlo hasta que se resolviera el primer recurso. El presidente del Tribunal de Primera Instancia (de habla holandesa) de Bruselas constató que el tribunal de Lovaina había fijado la audiencia el día 17 e hizo lugar al pedido. Ordenó a la Oficina de Inmigración suspender la expulsión hasta que el tribunal de Lovaina se pronunciara sobre la privación de libertad.

En consecuencia, el 13 de octubre la Oficina de Inmigración canceló el vuelo previsto. Sin embargo, agentes estatales lo trasladaron igualmente al aeropuerto. La Oficina de Inmigración aseguró que, según un documento sin membrete pero con su firma presentado en el expediente, M. A. había consentido, ese mismo día, irse voluntariamente. Él afirmó que era falso, pues en el aeropuerto un hombre de uniforme le había explicado en árabe que, si se negaba a abordar el avión, sería sedado y deportado a la fuerza, y aseguró que no había comprendido el documento que había firmado. De cualquier manera, finalmente M. A. fue trasladado a Jartum, la capital de Sudán, el 13 de octubre en otro vuelo.

El 17 de octubre, el Tribunal de Primera Instancia de Lovaina declaró que la solicitud de liberación era abstracta, ya que el demandante había sido repatriado.

Por otra parte, el Estado belga presentó un recurso de oposición de tercero contra la decisión del 12 de octubre del Tribunal de Primera Instancia (de habla holandesa) de Bruselas, que consideró inadmisibile el recurso por falta de interés legítimo. El Estado apeló esa resolución ante la Cámara de Apelaciones de Bruselas, que, hasta el momento de presentación de la demanda a la Corte Europea de Derechos Humanos, no se había pronunciado.

M. A., que continuaba en Sudán, acudió a la Corte Europea de Derechos Humanos. Reclamó que las autoridades belgas, cuando lo enviaron a Sudán, lo habían expuesto al peligro de un trato contrario al art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos sin que se realizara un análisis previo del riesgo que implicaba su regreso. Argumentó que el riesgo había sido agravado porque las autoridades sudanesas en Bélgica lo habían identificado como solicitante de asilo. También alegó que no se había respetado su derecho a un recurso efectivo de acuerdo con el art. 13 de la Convención.

Además, el demandante señaló que la falta de un examen previo del riesgo que corría en caso de retorno, según el art. 3 de la Convención, significaba que su detención con vistas a la expulsión había sido ilegal y, por lo tanto, contraria al art. 5.1.f de la Convención. Sostuvo también que su repatriación antes de la finalización del proceso relativo a la privación de libertad, y a pesar de la decisión del 12 de octubre de 2017, lo había privado del derecho a que un juez se pronunciara sin demora sobre la legalidad de su detención y había violado el art. 5.4 de la Convención. Del mismo modo, M. A. alegó una violación de su derecho a un tribunal en el sentido del art. 6.1 de la Convención.

Finalmente, el demandante consideró que el Estado belga había violado su obligación, de acuerdo con el art. 6.1 de la Convención, de garantizar la ejecución de la decisión del 12 de octubre de 2017.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió, por unanimidad, que eran admisibles los planteos relativos a los arts. 3 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos e inadmisibles los relativos al art. 5. Sostuvo que había habido una violación del art. 3 debido a las deficiencias procesales, de las que eran responsables las autoridades belgas, antes de la deportación. También consideró que había habido una violación del art. 13 en conjunción con el 3 porque las autoridades belgas no habían suspendido la expulsión del demandante de acuerdo con la prohibición dictada por un tribunal. Por otro lado, la Corte Europea declaró que no era necesario examinar por separado el planteo que, en virtud del art. 13 en conjunto con el 3, alegaba la falta de acceso efectivo a los recursos existentes contra la expulsión arbitraria. Además, concluyó que no era necesario examinar la admisibilidad y el fondo de la queja presentada en relación con el art. 6.1 de la Convención.

En cuanto al art. 3 de la Convención, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, la Corte Europea observó que, por la información disponible sobre la situación de Sudán en ese momento, era de público conocimiento que había una violación sistemática de los derechos humanos. En esas circunstancias, no era posible argumentar, como había hecho el Gobierno belga, que no existía un riesgo grave y establecido para el solicitante. Además, la Corte Europea destacó que una conclusión posterior a la expulsión, como ocurrió en este caso, en cuanto a que el solicitante no corría ningún riesgo en su país natal, no liberaba a las autoridades retrospectivamente de sus obligaciones procesales durante el procedimiento de deportación.

En relación con si el solicitante había tenido una oportunidad real y efectiva de hacer presentaciones sobre los riesgos personales que enfrentaba si regresaba a Sudán, la Corte Europea señaló que había expresado repetidamente sus miedos. Reiteró que, si bien la carga de la prueba recae en la persona que presenta una solicitud de asilo, las normas relativas a la carga de la prueba no podían dejar desprotegidos los derechos establecidos por el art. 3 de la Convención. La Corte Europea también destacó que otro factor relevante eran las dificultades prácticas que podía enfrentar un extranjero cuando solicitaba asilo.

Además, la Corte Europea consideró válida la alegación del demandante de que no había consultado a un abogado durante las primeras semanas de su detención, ya que esa afirmación no fue desmentida por las pruebas.

Otro punto que la Corte Europea remarcó fue la ausencia de un intérprete durante la primera entrevista en el centro de detención, a pesar de que M. A. solo se comunicaba en árabe. Indudablemente, estas circunstancias representaron obstáculos que podrían explicar la inconsistencia de la actitud procesal del solicitante y la brevedad de la información que había brindado a las autoridades. En efecto, para la Corte Europea, no se le había proporcionado una perspectiva realista de acceso a la protección que le correspondía. Del mismo modo, surgió del formulario que el demandante había completado que solo se le habían realizado preguntas generales sobre los riesgos que

podría enfrentar, sin ninguna referencia o consulta sobre su región de procedencia, su origen étnico o los motivos por los que había abandonado Sudán. Por lo tanto, la Corte Europea concluyó que el Gobierno no había realizado una evaluación previa suficiente de los riesgos que enfrentaba el solicitante de acuerdo con el art. 3.

Además, la Corte Europea consideró que las condiciones en las que el demandante había sido identificado no cumplían las garantías procesales suficientes, ya que el funcionario que lo había entrevistado no hablaba árabe con fluidez, que era la única lengua que hubiera permitido una comunicación eficaz, y porque tampoco se le había informado a M. A. de antemano que se le realizaría una entrevista.

Por todos esos vicios procesales, la Corte Europea determinó que se había producido una violación del art. 3 de la Convención.

En cuanto al art. 13 de la Convención, sobre el derecho a un recurso efectivo, la Corte Europea observó que, dado que determinó una violación del art. 3, no había justificación para un examen por separado de los mismos hechos y denuncias en virtud del art. 13.

La Corte Europea consideró que en el asunto había habido una combinación de recursos que el demandante había ejercido: el pedido de liberación junto con la medida cautelar solicitada al presidente del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. El resultado exitoso de la medida cautelar le había proporcionado, al menos temporalmente, protección contra la expulsión arbitraria. Como la decisión de prohibir su regreso había sido aplicable y, por lo tanto, vinculante para las autoridades, el demandante tenía derecho a esperar el cumplimiento de esa resolución.

Dado que no se puede considerar que el demandante haya abandonado Bélgica voluntariamente o incluso que haya firmado voluntariamente la aceptación de su expulsión, y en vista de la celeridad con que las autoridades habían actuado el 13 de octubre, a pesar de la orden que prohibía la deportación, la Corte Europea concluyó que, al no suspender la medida para cumplir una decisión judicial, las autoridades belgas habían despojado de eficacia a la apelación exitosa del demandante.

Por lo tanto, la Corte Europea estableció que se había producido una violación del art. 13 junto con el art. 3 de la Convención.

Por otro lado, la Corte Europea determinó que no era necesario examinar la admisibilidad y el fondo de la queja presentada en relación con el art. 6.1 de la Convención (derecho a una audiencia justa/derecho de acceso a un tribunal) y declaró que los planteos bajo el art. 5 de la Convención (derecho a la libertad y la seguridad) eran inadmisibles.

Por último, como el demandante no había hecho ningún reclamo a modo de satisfacción justa (art. 41 de la Convención), la Corte Europea consideró que no había razones para establecer una compensación al respecto.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *M. A. c. Belgique*, sentencia del 27-10-2020, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205377>



Derecho de los consumidores. Procedimiento de acción colectiva o acción de clase. Derecho a una compensación. Tarifas ilegales. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: en septiembre de 2016, Walter Hugh Merricks, jefe del Servicio del Defensor del Pueblo Financiero del Reino Unido, presentó una demanda de acción colectiva contra Mastercard. Poco tiempo antes, la Comisión Europea había dictaminado que algunas tarifas cobradas por Mastercard entre 1992 y 2008 en el Reino Unido eran demasiado altas y restringían la competencia. Merricks afirmó que se les había cobrado 14 mil millones de libras de más a los consumidores durante este período y reclamó, como indemnización por daños y perjuicios, un pago de aproximadamente 300 libras para todos los mayores de 16 años residentes en el Reino Unido en ese momento. Explicó que los sobrecostos, impuestos por Mastercard a los comerciantes minoristas, habían sido trasladados a los consumidores.

En la demanda, Merricks estimó que alrededor de 46 millones de personas habían sido afectadas. No era necesario que los consumidores tuvieran o usaran una Mastercard para sus compras, ya que alegó que los incrementos de tarifas que los comerciantes minoristas habían trasladado a los compradores se había aplicado a todos, no solo a los que habían utilizado tarjetas.

Merricks argumentó que Mastercard había impuesto cargos excesivos por transacciones con tarjeta durante un período prolongado de tal manera que debía haber previsto que supondría un impuesto invisible a los consumidores del Reino Unido.

Merricks solicitó que el producto de cualquier decisión se distribuyera de forma equitativa entre los miembros de la acción de clase sobre una base per cápita por cada año del período en que Mastercard cometió la infracción. Advirtió que cualquier intento de diferenciar entre los integrantes por la pérdida individual sería desproporcionado y difícil de implementar debido a la complejidad que implicaba establecer una clasificación confiable dentro de un colectivo tan grande.

Mastercard, por su parte, rechazó todos los aspectos del reclamo y negó que hubiera habido un sobrecosto ilegal. Tampoco admitió que los comerciantes hubieran trasladado todo o parte de un exceso en las tarifas a sus clientes.

Merricks argumentó que la demanda debía ser admitida para una acción colectiva porque tanto el problema del sobrecosto como el de la transmisión de esos gastos a los consumidores eran problemas comunes que afectaban a todos los reclamos. Sin embargo, en 2017 el Tribunal de Apelación de la Competencia (CAT, por sus siglas en inglés), que fue la primera jurisdicción en intervenir en el caso, aceptó inicialmente la posición de Mastercard, en cuanto a que los reclamos no eran válidos para acciones colectivas, por la complejidad de la demanda y por lo costoso que sería el proceso judicial.

En la siguiente instancia, el Tribunal de Apelación determinó que el CAT había malinterpretado la ley y le ordenó examinar de nuevo el caso.

Mastercard, a través de tres empresas de su grupo, apeló a la Corte Suprema del Reino Unido. Dos de esas empresas están registradas en Delaware, EE. UU., y la otra en Bélgica.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido declaró que el Tribunal de Apelación de la Competencia (CAT) debía reconsiderar su decisión. El caso fue enviado de vuelta al CAT, que, a partir de las instrucciones de la Corte Suprema, evaluará si otorga una Orden de Acción Colectiva para que avance el procedimiento colectivo. Es probable que se celebre una audiencia al respecto en 2021.

1. Este caso implicaba la solicitud de un procedimiento de acción colectiva, que fue introducido por la enmienda a la Ley de Competencia de 1998 para permitir a las pequeñas empresas y los consumidores reclamar contra conductas anticompetitivas que infringieran las disposiciones de la norma.

Cuando este tipo de conducta afecta a los consumidores, suele producir daños a clases muy grandes de demandantes. En estos casos, las pruebas de incumplimiento, causalidad y pérdida pueden implicar un trabajo forense muy difícil y costoso, tanto en términos de recopilación de pruebas como de análisis de su efecto económico. Desde el punto de vista de un consumidor individual, la probable disparidad entre el costo y el esfuerzo necesarios para presentar la demanda y el valor monetario de la pérdida individual reclamada, junto con que el denunciado seguramente dispondrá de recursos de litigio mucho mayores, provocan que rara vez el consumidor pueda iniciar un proceso solo.

El procedimiento de acción colectiva se aplica a reclamos de dos o más personas por daños, dinero o una orden judicial con respecto a un incumplimiento de disposiciones específicas de la Ley de Competencia. Permite a clases enteras de consumidores reclamar sus derechos a compensación ante un tribunal de expertos, el Tribunal de Apelación de la Competencia. Al CAT se le otorgó jurisdicción sobre procedimientos colectivos en 2015, después de que se aprobó la Ley de Derechos del Consumidor. Este sistema, ampliamente implementado en los EE. UU., representa un nuevo enfoque para la actividad legal en el Reino Unido, donde los demandantes de un determinado grupo serán incluidos automáticamente en una acción colectiva a menos que opten de forma explícita por ser excluidos.

La perspectiva de que los derechos de los consumidores puedan ser reivindicados de esa manera también sirve para desincentivar el comportamiento anticompetitivo ilegal en general. Pero los procedimientos colectivos no pueden continuar más allá de la entrega de un formulario de demanda si el CAT no certifica una Orden de Acción Colectiva (CPO, por sus siglas en inglés), de acuerdo con la sección 47.B de la Ley de Competencia. En este caso, Mastercard argumentó que no se cumplían los requisitos indispensables para la certificación.

Hay (al menos en relación con este caso) tres características clave de la acción colectiva. En primer lugar, los reclamos de cualquier número de demandantes pueden ser presentados por un solo representante en su nombre. No es necesario que este representante sea miembro de la clase. Aunque los fundamentos de los reclamos no tienen que ser idénticos, y tampoco deben estar en contra de todos los acusados, sí

se exige que todos los reclamos planteen cuestiones de hecho o de derecho iguales, similares o relacionadas. En segundo lugar, la reparación solicitada puede ser, aunque no siempre sea necesario, la concesión de daños agregados. Este tipo de medida proporciona una compensación justa por la pérdida sufrida por la clase demandante en su conjunto, pero su valor no se calcula por una evaluación individual del monto de los daños. En tercer lugar, el CAT tiene discreción para decidir cómo los daños agregados (si se recuperan) se distribuirán entre los integrantes de la clase.

Al CAT se le asigna una función importante de control de los procedimientos de acción colectiva. Por un lado, los procedimientos colectivos no pueden proseguir, más allá de la entrega de un formulario de demanda, sin el permiso del CAT a través de un CPO, que el representante debe solicitar. La obtención de un CPO se denomina certificación. Por otro lado, el CAT puede concluir los procedimientos colectivos en cualquier etapa mediante la revocación del CPO. Además, el CAT puede, a solicitud de uno o más imputados, suspender los procedimientos colectivos si no revelan causa de acción razonable (o son abusivos) o si se solicita un juicio sumario, al igual que en cualquier proceso civil ordinario.

El proceso de certificación requiere que el CAT considere dos criterios en relación con cualquier procedimiento colectivo en particular. En primer lugar, la persona que pretenda ejercer como representante debe estar autorizada para hacerlo. En segundo lugar, los reclamos deben ser aptos para incluirlos en los procedimientos colectivos. Esta significa que todos deben plantear cuestiones de hecho o de derecho iguales, similares o relacionadas. En este caso, el CAT decidió que los reclamos no eran adecuados para ser interpuestos en un procedimiento colectivo y rechazó certificar un CPO. Merricks apeló con éxito al Tribunal de Apelación. Las empresas del grupo Mastercard acusadas recurrieron a la Corte Suprema. Es el primer proceso colectivo de este tipo que llegó al máximo tribunal, por lo que planteó cuestiones importantes sobre el marco legal dentro del cual el CAT debía resolver si otorgaba o rechazaba la certificación.

2. En la audiencia ante el CAT, se concluyó que era muy probable que la cifra de daños agregados hubiera sido sobreestimada y, en consecuencia, se reducirían las reparaciones individuales. Sin embargo, el procedimiento implica una disparidad de tamaño entre la compensación colectiva y la individual en una escala que es, en la experiencia de las cortes y tribunales del Reino Unido, completamente única.

Mastercard se opuso a la certificación en cuanto a los criterios principales. Alegó que Merricks no había podido demostrar que estuviera autorizado para actuar como representante ni que los reclamos fueran aptos para procedimientos colectivos. El CAT rechazó la primera de esas objeciones, pero confirmó la segunda, y Mastercard desistió de impugnar a Merricks como representante en segunda instancia, ante el Tribunal de Apelación. Por eso, la apelación ante la Corte Suprema se refería únicamente a los requisitos legales de admisión de la acción colectiva.

El sistema de tarjetas de pago Mastercard permite que los consumidores con servicios bancarios puedan comprar bienes y servicios de minoristas sin emplear efectivo o cheques. El esquema incluye tarjetas de crédito y de débito y funciona con cuatro partes. El consumidor es el titular de la tarjeta. El minorista

es denominado comerciante. El banco del consumidor emite la tarjeta utilizada para realizar el pago y es llamado emisor. El banco del minorista se denomina adquirente. Las reglas del esquema, establecidas por Mastercard, requieren que tanto el emisor como el adquirente paguen tarifas a Mastercard por obtener la licencia para usar el esquema. Pero las reglas también prevén una tarifa de intercambio (IF) que debe pagar el adquirente al emisor por cada transacción abonada mediante una Mastercard, que se debita del pago hecho por el emisor al adquirente en nombre del titular de la tarjeta. El adquirente, entonces, acredita el monto neto, menos su propia tarifa, a la cuenta del comerciante. La deducción combinada del IF y la propia tarifa del adquirente se denomina cargo por servicio del comerciante (MSC). Por lo tanto, es un hecho común que el adquirente transfiera todo el IF al comerciante.

El IF puede ser acordado bilateralmente entre el emisor y el adquirente, o ambos pueden ser el mismo banco. De lo contrario, el IF se paga a una tasa predeterminada establecida por las reglas del esquema, conocida como tasa de intercambio multilateral (MIF). Hay diferentes tasas de MIF, según el tipo de tarjeta utilizada (por ejemplo, débito o crédito) y los lugares donde se emita y donde el comerciante realice actividades comerciales, respectivamente.

Tras una investigación, la Comisión Europea decidió, en diciembre de 2007, que el nivel predeterminado establecido por Mastercard desde mayo de 1992 para su MIF al interior del Espacio Económico Europeo (EEE) equivalía a una restricción de la competencia y se oponía al art. 81 CE (ahora art. 101 TFUE) y al art. 53 del Acuerdo EEE. Para la Comisión Europea, se trató de un comportamiento anticompetitivo ilícito que había violado disposiciones de la sección 47.A de la Ley de Competencia. Se aplicó el MIF dentro del EEE en un gran número de transacciones de compra por parte de titulares de tarjetas que utilizaron tarjetas emitidas en el Reino Unido para realizar compras a comerciantes en otros estados del EEE y también para compras de comerciantes del Reino Unido donde los titulares de las tarjetas utilizaban tarjetas emitidas en otros estados del EEE. Del mismo modo, una serie mucho mayor de transacciones realizadas por titulares de tarjetas del Reino Unido durante el mismo período incluyó al MIF nacional del Reino Unido. En el caso, se alegó que el nivel del MIF del Reino Unido había sido afectado por el nivel del MIF dentro del EEE, considerado ilícito. Por lo tanto, se sostuvo que la pérdida que resultaba del MIF del Reino Unido había sido causada por la violación de la ley.

La decisión de la Comisión Europea estableció que, como consecuencia de la restricción de la competencia, los clientes que realizaban compras en comercios probablemente hayan tenido que asumir una parte del costo del MIF de Mastercard, independientemente de la forma de pago que utilizaran. Explicó que este fenómeno se debía que los comerciantes solían aumentar el precio de los bienes por un pequeño margen en lugar de asumir el costo extra que les imponía el MIF.

Mastercard impugnó la decisión de la Comisión Europea en los tribunales europeos, pero sus recursos no prosperaron.

3. La Corte Suprema del Reino Unido señaló que el CAT tenía derecho a opinar que los reclamos del solicitante no eran aptos para ser admitidos en un

procedimiento colectivo si el tribunal no estaba convencido de que el solicitante pudiera aplicar la metodología económica propuesta a toda la clase involucrada.

Sin embargo, esta convicción no implica que ninguna de las alegaciones del solicitante tenga una perspectiva real de éxito. La Corte Suprema consideró que era probable que algunos de los reclamos fueran válidos.

Además, según la Corte Suprema del Reino Unido, el enfoque del CAT no socava la eficacia del régimen procesal colectivo. El análisis que aplicó el CAT para determinar si la información relevante estaba disponible fue de bajo nivel. El solicitante pudo haber pedido un CPO con un tipo de reclamo menos ambicioso, para el que los datos relevantes podrían haber estado disponibles. Sin embargo, Merricks no presentó ninguna alternativa. La única solicitud que requirió fue certificar un procedimiento de acción colectiva masivo, en nombre de más de 46 millones de personas. La Corte Suprema concluyó que el hecho de que esta gigantesca demanda fuera inadecuada para proceder no implicaba descartar la posibilidad de emprender un reclamo colectivo más mesurado.

En este sentido, la Corte Suprema del Reino Unido entendió que el CAT no debía haber bloqueado un juicio solo porque sería oneroso y dificultoso recopilar datos y producir pruebas sobre los hechos denunciados. Aun así, la diferencia entre el tamaño relativamente pequeño de los daños individuales y un resarcimiento colectivo potencialmente grande implican que este sea un caso especial, sin antecedentes en los tribunales del Reino Unido.

Del mismo modo, la Corte Suprema del Reino Unido señaló que el proceso colectivo era una forma especial de procedimiento civil para la reivindicación de los derechos privados, diseñada para brindar acceso a la Justicia cuando las formas ordinarias de demanda civil individual resultaran inadecuadas.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, *Mastercard Incorporated and others (Appellants) v Walter Hugh Merricks CBE (Respondent)*, sentencia del 11-12-2020, en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0118-judgment.pdf>.



Derecho de los consumidores. Protección del usuario del servicio público de telecomunicaciones. Llamadas de telemarketing. Libertad de empresa. Principio constitucional del libre ejercicio de la actividad económica. Legislación estadual. Competencia federal en materia de telecomunicaciones. (Brasil).

Antecedentes del caso: en junio de 2018, la Asociación Brasileña de Proveedores de Servicios de Telefonía Fija y la Asociación Nacional de Operadores Celulares interpusieron una acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo

Federal de Brasil contra la Ley 4896/2006 del estado de Río de Janeiro, que había sido modificada en 2018. Esa norma obliga a las empresas proveedoras de telefonía fija y móvil que operan en el estado a completar un registro especial de usuarios que no deseen recibir llamadas telefónicas de venta de productos o servicios. Además, limita la realización de las llamadas de venta telefónica a determinados días y horarios.

Las asociaciones argumentaron que no le correspondía al Poder Legislativo estadual sancionar normas sobre telecomunicaciones, cuya competencia legislativa es privativa de la Unión, en los términos del art. 22, inciso IV, de la Constitución Federal. Además, señalaron que la norma interfería gravemente en la relación contractual entre la autoridad federal, otorgante de la licencia, y las empresas de telecomunicaciones, concesionarias del servicio, ya que legislaba en materia civil, cuya competencia también es exclusiva de la Unión.

Por otro lado, sostuvieron que la Agencia Nacional de Telecomunicaciones tenía la facultad de regular el sector y, por lo tanto, de establecer obligaciones y deberes con respecto a los derechos de los consumidores. En ese sentido, alegaron que la agencia ya había creado el portal “No me molestes” para cumplir los mismos objetivos que perseguía la ley estadual. En paralelo, argumentaron que se vulneraba el principio constitucional del libre ejercicio de la actividad económica, pues consideraron inviable y poco razonable exigir horarios rígidos para ofrecer ofertas al consumidor.

Las entidades también destacaron que el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia de la ADI 3959, había declarado la inconstitucionalidad de la ley del estado de San Pablo que creaba un registro especial para clientes de empresas de telecomunicaciones interesados en recibir ofertas telefónicas a través de *telemarketing*.

Por su parte, el procurador general de la República se pronunció a favor de la constitucionalidad de la ley, porque entendió que la norma solo aumentaba la protección del consumidor y buscaba evitar abusos.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría de ocho votos contra tres, resolvió que la Ley 4896/2006 del estado de Río de Janeiro era constitucional. Consideró que tanto la limitación de las llamadas de telemarketing a los días laborables de la semana (de lunes a viernes) y al horario comercial (hasta las 18 horas) como la creación de un registro de usuarios que no desearan recibirlas no vulneraban la Constitución Federal. Por ende, desestimaron la acción directa de inconstitucionalidad, ya que entendieron que la norma protegía los derechos de los consumidores sin interferir en el núcleo de la regulación de los servicios de telecomunicaciones, que es competencia privativa de la Unión.

El ministro Marco Aurélio, relator de la acción, señaló que la norma sancionada por la Asamblea Legislativa del estado de Río de Janeiro había funcionado como complemento de la legislación federal de protección al consumidor. En su opinión, la ley no interfería en el desempeño de las empresas de telecomunicaciones, porque no había creado una obligación o un derecho relacionado con la ejecución contractual de la concesión del servicio. En cambio, buscaba ampliar el mecanismo de protección de la dignidad de los usuarios, destinatarios finales del servicio público, de acuerdo con el Código de Defensa del Consumidor.

El ministro afirmó que la Constitución Federal no impedía la sanción de una norma estadual vinculada con el funcionamiento de las concesionarias de servicios públicos, siempre que no afectara el núcleo de la regulación de estos servicios, que es competencia exclusiva de la Unión. Marco Aurélio recordó que el usuario del servicio público también era considerado consumidor y que la Constitución otorgaba al Poder Legislativo estadual la facultad de dictar leyes complementarias de las normas federales en la materia. En este sentido, señaló que la ley estadual estaba en línea con el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078/1990), porque su objetivo era garantizar una prestación adecuada y eficaz de un servicio público.

El ministro concluyó, en última instancia, que la Ley 4896/2006 del estado de Río de Janeiro establecía una protección adicional del usuario del servicio público de telecomunicaciones a partir de su condición de consumidor. Por lo tanto, en este caso se verificaba el ejercicio de la competencia concurrente de los estados para disponer sobre el derecho de los consumidores, de acuerdo con la norma constitucional que autoriza la complementación, a nivel local, de leyes sancionadas por la Unión con el objetivo de ampliar la tutela de los ciudadanos.

El voto del relator fue acompañado por los ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin y Alexandre de Moraes.

En cuanto a la minoría, los ministros Luís Roberto Barroso y Gilmar Mendes votaron a favor de la validez parcial de la acción, pues juzgaron inconstitucional la disposición que obligaba a los operadores a crear el registro de usuarios que no desearan recibir ofertas telefónicas. Por su parte, el ministro Nunes Marques también votó por la admisión parcial de la solicitud, pero por distintos motivos: solamente consideró inconstitucional la restricción de las llamadas de *telemarketing* a los días laborables de la semana y al horario comercial.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 5962*, sentencia del 25-2-2021, en <https://static.poder360.com.br/2021/02/voto-Marco-Aurelio-telemarketing-lei-do-RJ.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461232&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=384916&ori=1>.



Derecho de propiedad. Desarrollo urbanístico frente a centro de cuidados paliativos de niños con cáncer. Convenios restrictivos. Derecho a la privacidad. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: El caso plantea un conflicto de intereses relativo al uso de la tierra en dos terrenos linderos: por un lado, una empresa propietaria que pretende garantizar el mantenimiento de trece viviendas asequibles; por otro, una asociación benéfica a cargo de un centro de cuidados paliativos que pretende

garantizar una vida de privacidad a los niños con enfermedades terminales que se atienden en la institución. Desde el punto de vista legal, atañe a los convenios restrictivos del uso de la tierra y al procedimiento que, conforme al art. 84 de la Ley de Propiedad de 1925, permite solicitar el desistimiento de un convenio restrictivo. Es la primera vez que la Corte Suprema de Justicia del Reino Unido decide sobre una apelación fundada en el art. 84.

En julio de 1972 un agricultor vendió parte de su tierra a la empresa SSPC, dueña del terreno lindero. El primero de ellos, el terreno de aplicación, junto con el segundo, el terreno libre de todo gravamen, constituían una parcela rectangular que formaba parte del desarrollo urbanístico Exchange House. En el contrato de compraventa, SSPC acordó mediante un convenio restrictivo que no se construiría ninguna estructura edilicia en el terreno de aplicación, y que solo sería utilizado como estacionamiento de vehículos.

Barty Smith, el hijo del agricultor, había heredado el terreno lindero a la parcela correspondiente al desarrollo Exchange House. En 2012 donó parte de su terreno a la asociación benéfica para niños con cáncer Alexander Devine Children 's Cancer Trust, a fin de que fuera construido un centro de cuidados paliativos para niños. Poco después, y con conocimiento de la existencia de los convenios restrictivos, la empresa Millgate Developments Ltd. adquirió el terreno correspondiente a Exchange House.

En julio de 2013, Millgate solicitó una autorización de desarrollo urbanístico para construir 23 viviendas asequibles en el terreno, de acuerdo con las obligaciones para la construcción de viviendas asequibles. Trece de ellas se construirían en el terreno de aplicación, violando los convenios restrictivos. Algunas de ellas tendrían vistas hacia los jardines y las pasarelas del terreno cedido al centro de cuidados paliativos, por donde circularían los pacientes en sillas de ruedas.

La autorización de desarrollo fue otorgada en marzo de 2014, y Millgate comenzó la construcción en julio de 2014. En septiembre de 2014, Barty Smith le envió una carta a Millgate donde declaraba que se oponía a la construcción en la tierra de aplicación. Millgate siguió adelante con la construcción, y en mayo de 2015 decidió vender el terreno a la empresa Housing Solutions Ltd.

En julio de 2015, tras finalizar la obra, Millgate solicitó al Tribunal Superior la modificación de los convenios restrictivos, fundándose en el art. 84 de la Ley de 1925. Barty Smith y la asociación se opusieron a la demanda de la empresa.

Poco después, en septiembre de 2015, comenzó la construcción del centro de cuidados paliativos.

El 18 de noviembre de 2016, el Tribunal Superior hizo lugar a la petición de Millgate de modificar los convenios restrictivos, con la condición de que le pagara a la asociación 150 000 libras esterlinas como compensación.

El 28 de noviembre de 2018, la Corte de Apelaciones revocó la sentencia del Tribunal Superior.

Housing Solutions interpuso una acción ante la Corte Suprema de Justicia del Reino Unido.

Sentencia: La Corte Suprema de Justicia del Reino Unido, en forma unánime, desestimó la apelación y rechazó la petición de modificar los convenios restrictivos por razones distintas de las expresadas por la Corte de Apelaciones.

El art. 84 de la Ley de 1925 reformada le confiere al Tribunal Superior la facultad de desestimar o modificar los convenios restrictivos sobre la base de cinco fundamentos.

El ejercicio de esta facultad consta de dos etapas. Al menos una de ellas, la etapa jurisdiccional, debe cumplirse antes de que el Tribunal Superior pueda decidir si ejerce su discrecionalidad para desestimar o modificar los convenios restrictivos, lo que corresponde a la etapa discrecional.

El fundamento pertinente en esta apelación se refiere a si los convenios restrictivos, en cuanto impiden al titular un uso razonable de la tierra, son contrarios al interés público conforme a los arts. 84.1.aa y 84.1A.b.

La primera cuestión tratada por la Corte consistió en considerar si la violación deliberada y cínica de los convenios restrictivos por parte de Millgate era pertinente en la etapa jurisdiccional. La Corte de Apelaciones consideró que lo era, pero la Corte Suprema consideró que no.

El fundamento que insta a evaluar si un convenio resulta contrario al interés público exige una interpretación más estricta: se pretende determinar si existe un impedimento sobre el uso razonable de la tierra y “si dicho impedimento, al mantener el convenio restrictivo, resulta contrario al interés público”.

Una interpretación estricta exige hacer un balance entre el interés público de que trece viviendas asequibles no se arruinen y el interés público de que el centro de cuidados paliativos constituya un refugio para los niños que están muriendo de cáncer. La buena o mala conducta del solicitante es irrelevante en la etapa jurisdiccional. Nada dice sobre los fines para los que será utilizado el terreno en cuestión. Por otra parte, la interpretación estricta se ajusta a los otros cuatro fundamentos del art. 84, es compatible con el objetivo del art. 84 y refleja el hecho de que la conducta del solicitante puede ser considerada en la etapa discrecional.

En segundo lugar, la Corte Suprema evaluó si el Tribunal Superior había incumplido su obligación de tomar en consideración la conducta cínica de Millgate en la etapa discrecional. La Corte de Apelaciones entendió que sí, y la Corte Suprema coincidió, pero por razones diferentes.

Solo corresponde que un tribunal de apelación interfiera en una decisión de un tribunal especializado si dicho tribunal ha incurrido en un error de derecho. Sin embargo, si bien en el presente caso el Tribunal Superior tuvo en cuenta la conducta de Millgate, lo cierto es que incurrió en un error de derecho. El Tribunal no consideró dos factores pertinentes en la etapa discrecional: Millgate podría haber construido en el terreno libre de todo gravamen, pero no en el terreno de aplicación, y Millgate podría no haber incumplido el fundamento de “contrario al interés público”, si hubiera solicitado la modificación de los convenios restrictivos antes de comenzar a construir en la tierra de aplicación.

La Corte Suprema entendió que ello era motivo suficiente para desestimar la apelación. No obstante, consideró brevemente dos argumentos más. En primer lugar, el Tribunal Superior no se basó en las consideraciones de Lord Sumption en *Coventry c/ Lawrence* [2014] UKSC 13 para dictar su sentencia, y, por lo tanto, no cabe considerar en este caso si hubiera sido correcto o no basarse en el voto del ministro. En segundo lugar, la Corte expresó que el Tribunal Superior consideró correctamente en ambas etapas el hecho de que Millgate había construido en el terreno de aplicación a fin de cumplir con sus obligaciones de planeamiento relativas a las viviendas asequibles.

Por lo tanto, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, pero por razones diferentes. La decisión del Tribunal Superior fue revocada, y la solicitud para modificar los convenios restrictivos, rechazada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL REINO UNIDO, *Alexander Devine Children's Cancer Trust (Respondent) v HousingSolutionsLtd (Appellant)* [2020] UKSC 45, sentencia del 6-11-2020, en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0006-judgment.pdf>



Derecho del trabajo. Salario mínimo. Trabajo de las personas privadas de la libertad. Derecho a la dignidad humana. Derecho a la igualdad. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Procuraduría General de la República presentó una acción por incumplimiento de un precepto fundamental ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil. Cuestionó la disposición de la Ley de Ejecución Penal (Ley 7210/1984, art. 29) que establecía, como remuneración por el trabajo del recluso, el valor base de las tres cuartas partes del salario mínimo. Como la norma rechazada fue sancionada antes de la Constitución Federal de 1988, el instrumento adecuado para impugnarla era la acción por incumplimiento de un precepto fundamental. El procurador general, Rodrigo Janot, sostuvo que ese pago por debajo del salario mínimo violaba los principios constitucionales de igualdad y dignidad humana, además de vulnerar el derecho al salario mínimo de todos los trabajadores urbanos y rurales (art. 7, inc. IV, de la Constitución Federal).

El procurador se preguntó cuál era la diferencia entre el trabajo realizado por una persona libre y el realizado por un preso. Señaló que el principio de igualdad se oponía a la existencia de una regla que impusiera un trato desigual si las circunstancias no justificaban la necesidad de diferenciación. Advirtió que la fuerza de trabajo del recluso no difería, por el encarcelamiento, de la de una persona libre, por lo que una remuneración menor no solo vulneraba el principio de igualdad, sino que también representaba una sanción injustificable e inconstitucional, que excedía las funciones y los objetivos de la pena.

El procurador destacó que, según cifras del Consejo Nacional de Justicia, en 2014 Brasil contaba con más de 700 mil presos, lo que representaba la tercera población carcelaria más grande del mundo, solo por detrás de los Estados Unidos de América y China. Agregó que, si bien solo el 22% de los reclusos del sistema penitenciario nacional realizaba algún tipo de trabajo, la cantidad de personas privadas de la libertad enmarcadas en la norma cuestionada era muy grande y superaba los 150 mil brasileños.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría de siete votos contra cuatro, declaró constitucional la norma que permitía que la remuneración de los reclusos por su trabajo fuera equivalente a tres cuartas partes del salario mínimo y rechazó la acción por incumplimiento de un precepto fundamental. La mayoría del tribunal consideró que el trabajo del preso presentaba peculiaridades y que la remuneración diferenciada no violaba los principios de dignidad humana e igualdad.

La mayoría acompañó el voto del relator del caso, el ministro Luiz Fux, que destacó varias razones para avalar las disposiciones de la ley. Observó que las peculiaridades de la situación del recluso probablemente dificultaban su inserción en el mercado laboral, ya que el cumplimiento de una pena privativa de la libertad generaba restricciones naturales al ejercicio del trabajo y, en consecuencia, provocaba la disminución del valor retribuido por la mano de obra. Señaló, además, que el trabajo del preso tenía una naturaleza y un régimen jurídico diferente al de la relación laboral regida por las leyes laborales consolidadas. Consideró que las diversas modalidades, limitaciones y objetivos de ambos tipos de trabajo tornaban legítima la diferenciación establecida por la ley.

Fux afirmó que era razonable que el legislador redujera el monto mínimo de remuneración de los presos para favorecer las posibilidades de ser contratado. Opinó que la medida incentivaba que los empleadores seleccionaran para los puestos laborales a los reclusos en vez de a las personas no incluidas en el sistema penitenciario. Frente al argumento del procurador general, que afirmó que el Estado no podía violar derechos fundamentales, ya que el derecho al salario mínimo intentaba proteger a la parte más vulnerable de la relación laboral y asegurar su dignidad humana, el ministro Fux sostuvo que ese análisis era incorrecto. Argumentó que más peligroso para la dignidad de los presos era que no recibieran ninguna retribución por no ser contratados. Explicó que el legislador no violaba derechos fundamentales cuando buscaba garantizar una cierta remuneración y que, en cambio, el proteccionismo legal podía terminar siendo una traba para conseguir trabajo y, por ende, una remuneración. Concluyó, por lo tanto, que la norma cuestionada no afectaba el principio de dignidad humana.

Fux señaló que, según los términos de la Ley de Ejecución Penal, el trabajo del recluso era un deber, obligatorio en la medida de sus aptitudes y capacidades. También destacó los fines educativos y productivos de la norma. Además, sostuvo que el salario mínimo (en los términos del art. 7, inc. IV, de la Constitución) buscaba satisfacer las necesidades vitales básicas de vivienda, alimentación, educación y salud

tanto del trabajador como de su familia. En el caso del recluso, sin embargo, buena parte de las necesidades básicas eran cubiertas por el Estado.

Por otro lado, Fux indicó que la disposición sobre el trabajo de los reclusos se correspondía con las normas internacionales. El acuerdo de las Naciones Unidas sobre las reglas mínimas de tratamiento de presos de 2015 (conocidas como Reglas de Mandela) expresa que se establecerá un sistema de remuneración justo para el trabajo de los reclusos. La exigencia, por lo tanto, no es que ese sistema de remuneración sea similar al de los trabajadores libres, sino que sea mínimamente equitativo.

Finalmente, el ministro Fux señaló que el Tribunal Supremo Federal ya había definido que la Constitución no extendía la garantía del salario mínimo de manera uniforme a todos y cada uno de los trabajadores. Citó como antecedente la sentencia *RE 570177*, en la que el pleno, por unanimidad, sostuvo que una remuneración por debajo del salario mínimo en el servicio militar obligatorio no afectaba los principios de dignidad humana e igualdad.

El voto del relator fue acompañado por los ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski y Luís Roberto Barroso. Nunes Marques señaló que no había violación del principio de igualdad, pues las circunstancias del trabajador preso y del trabajador común eran distintas y estaba justificado que recibieran un tratamiento diferenciado. Agregó que la norma cuestionada tampoco vulneraba el principio de dignidad humana, ya que establecía que un preso obtendría una remuneración acorde con el trabajo realizado.

Nunes Marques concluyó que el régimen laboral de los reclusos tenía peculiaridades propias, diversas del régimen de los servidores públicos civiles y de los trabajadores urbanos y rurales, y que su reglamento específico había sido establecido por la Ley de Ejecución Penal, que definía reglas, condiciones, características y consecuencias del trabajo de los presos. Por lo tanto, aseguró que se constataba una opción clara del legislador de diferenciar las normas y garantías del trabajo de los reclusos y que no había ninguna inconstitucionalidad.

Los ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia y Rosa Weber votaron por la minoría.

Fachin enfatizó que el sentido de la protección constitucional del salario mínimo era establecer un salario de base para todos y cada uno de los trabajadores. Señaló que el texto constitucional preveía la aplicación inmediata de esta garantía fundamental, que no podía ser restringida por una legislación inferior y que incluía a los presos.

Del mismo modo, Fachin reconoció que el trabajo del preso, además de su carácter educativo y productivo, constituía un beneficio, no una pena. Observó que, si su libertad podía ser restringida por una sentencia, su capacidad laboral debía ser respetada, sobre todo en función de su integración social futura.

Por esas razones, concluyó Fachin, el accionante poseía razón jurídica. Destacó que una distinción en la remuneración por el mismo trabajo realizado implicaría una diferenciación inconstitucional, ya que el trabajo del recluso era, en esencia, similar al de los demás trabajadores.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADPF336*, sentencia del 1-3-2021, en <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461791&ori=1>
<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289202&ori=1>



Derecho penal. Acoso sexual. Libertad bajo fianza. Violencia de género. Discriminación por motivos de género. Dificultad de la mujer para acceder a la Justicia. Revictimización. Dignidad de la mujer. (India).

Antecedentes del caso: la abogada Aparna Bhat recurrió ante la Suprema Corte de la India para impugnar la decisión del Tribunal Superior de Madhya Pradesh. La sentencia había concedido la libertad bajo fianza a un hombre, acusado de intentar acosar sexualmente a su vecina, con la condición de que visitara con su esposa la casa de la víctima y le llevara una cinta rahki. La víctima debía atársela en la muñeca al acusado para que la protegiera. Durante las festividades hindúes de Raksha Bandhan, las hermanas suelen atar una cinta en la muñeca de sus hermanos como símbolo del vínculo que los une. Además, entre las condiciones impuestas, el hombre también debía llevarle a la víctima una caja de dulces y un monto de dinero, tal como se hace en el rito que los hermanos ofrecen a sus hermanas.

La recurrente hizo referencia a algunas sentencias anteriores de la Suprema Corte de la India y sostuvo que, en los casos de delitos sexuales, la idea de compromiso, sobre todo en la forma de casamiento entre el acusado y la víctima, resultaba aborrecible y no debía ser considerado como un recurso legal, ya que era contrario al honor y a la dignidad de la mujer. Asimismo, expresó que, en los casos de abuso sexual y violación, los jueces de los tribunales superiores y de primera instancia realizaban comentarios chocantes sobre la personalidad de la víctima, tales como que tenía relaciones ocasionales, estaba habituada a las relaciones sexuales o manifestaba una actitud promiscua y voyerista. La accionante afirmó que era necesaria una intervención urgente de la Suprema Corte para declarar que semejantes comentarios eran inaceptables y representaban un daño potencial para la víctima y para toda la sociedad que era imperioso evitar. Asimismo, sostuvo que, en este caso, resultaba inaceptable que al acusado se le impusiera como condición visitar la casa de la víctima, e instó a la Suprema Corte a emitir directivas de sensibilización sobre los temas de género.

Sentencia: la Suprema Corte de la India declaró que las condiciones para conceder la libertad bajo fianza al acusado debían ser desestimadas y suprimidas del expediente.

La Suprema Corte sostuvo que en la India la violencia contra las mujeres era sistemática. Está presente tanto en la esfera pública como en la privada y se

sustenta en la persistencia de normas sociales patriarcales y jerarquías de género. Las mujeres son discriminadas y sometidas no solo por motivos de sexo, sino también por su casta, su clase, sus habilidades, su orientación sexual, las tradiciones y otras circunstancias. A menudo encuentran obstáculos para acceder a ciertos recursos, como la asistencia jurídica y los servicios de asesoría y protección. En efecto, son revictimizadas y expuestas a mayores riesgos de violencia cuando se les niegan las vías recursivas en el contexto de juicios informales o negociaciones entre familias y líderes comunitarios. El pago de compensaciones en dinero por parte del perpetrador o su familia, en sustitución de remedios jurídicos, es un problema recurrente en los sistemas de justicia formales e informales.

La Suprema Corte agregó que la violencia de género en la India solía ser invisible y estar velada por una cultura del silencio. Si bien los culpables a menudo son personas conocidas por las mujeres, los costos sociales y económicos por denunciar tales delitos son muy altos. La dependencia económica y el temor al ostracismo social actúan como elementos disuasivos para que las mujeres no denuncien la violencia sexual, el abuso o cualquier comportamiento aborrecible. Por ello, actualmente, la incidencia de la violencia de género es probablemente más alta de lo que registran los datos. Las mujeres siguen enfrentándose con la hostilidad y se ven obligadas a permanecer en ambientes violentos. La Suprema Corte consideró que debía romperse el silencio y que, para lograrlo, los hombres, más que las mujeres, tenían que cooperar para evitar y combatir este tipo de violencia.

Además de las violaciones, existe un número significativo de casos que se incluyen en la categoría de violencia sexual y que constituyen delitos penales, como, por ejemplo, la persecución, las burlas, la agresión verbal y física y el acoso. La sociedad categoriza a estos delitos como infracciones menores y no solo los trivializa y normaliza, sino que también los romantiza, como se observa, por ejemplo, en el cine. En efecto, las mujeres en la India se enfrentan con una sociedad misógina con creencias y valores culturales muy arraigados, con prejuicios a menudo inconscientes sobre el rol estereotipado de la mujer, con estructuras sociales y políticas fuertemente centradas en el hombre y con estructuras jurídicas a las que con frecuencia no pueden enfrentar o que no están dispuestas a tomar medidas estrictas en el plazo debido. La Suprema Corte consideró completamente inaceptable que una orden judicial utilizara el atado de una cinta rakhi como condición para conceder la libertad bajo fianza y que, de este modo, se transformara a un acosador en un hermano. Además, se minimizaba el delito de abuso sexual, que, en rigor, no constituía una infracción leve que podía ser remediada mediante una disculpa, el cumplimiento de un servicio comunitario, el atado de una cinta rakhi, un regalo a la víctima o inclusive una promesa de casamiento.

La Suprema Corte hizo referencia a la afirmación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual, en los procedimientos judiciales, los estereotipos son un obstáculo común y pernicioso, en particular para las mujeres víctimas de violencia. Tales estereotipos llevan a los jueces a fallar sobre la base de creencias preconcebidas en lugar de hechos relevantes e investigaciones reales. En consecuencia, la Suprema Corte consideró que la utilización de un

razonamiento o un lenguaje que minimizara el delito y trivializara el sufrimiento de la víctima debía ser especialmente evitado en cualquier circunstancia. Por ello, los siguientes comportamientos, acciones o situaciones jamás deberían estar presentes en las sentencias u órdenes judiciales ni considerarse relevantes en la adopción de una decisión judicial, porque no constituyen motivos para conceder la libertad bajo fianza: sostener que la víctima había consentido en el pasado tales o similares hechos o que se había comportado de manera promiscua; que por sus actos o su vestimenta había provocado la presunta acción del acusado; que su comportamiento no era apropiado para su casta o para una mujer india, etc.

Por todo ello, la Suprema Corte de la India ordenó que, de ahora en adelante, las condiciones para otorgar la libertad bajo fianza no deberán ordenar, exigir o permitir el contacto entre el acusado y la víctima, a fin de protegerla de ulteriores acosos. Asimismo, las condiciones para la concesión de la libertad bajo fianza no deberán reflejar nociones estereotipadas o patriarcales sobre la mujer y su lugar en la sociedad y tendrán que ser acordes con las exigencias del Código Procesal Penal. En otras palabras, las discusiones sobre la vestimenta, el comportamiento, la conducta pasada o la moral de la víctima no deberían figurar en el dictamen que concede la libertad bajo fianza.

Por otra parte, la Suprema Corte ordenó que los tribunales deberán abstenerse de expresar opiniones estereotipadas tales como que las mujeres son físicamente débiles y necesitan protección; que son incapaces de tomar decisiones por sí mismas; que los hombres son la cabeza del hogar y deben tomar todas las decisiones relacionadas con la familia; que las mujeres deberían ser sumisas y obedientes de acuerdo a su cultura; que las buenas mujeres son castas; que la maternidad es el deber y el papel que toda mujer debe cumplir; que las mujeres tienen que encargarse de la crianza y cuidado de los hijos; que encontrarse solas de noche o vestir ciertas prendas las hace responsables de ser acosadas; que una mujer que consume alcohol o que fuma puede justificar el acoso de los hombres; que las mujeres son emocionales y a menudo reaccionan exageradamente ante los sucesos o los dramatizan, razón por la cual es necesario corroborar sus testimonios, y que la falta de pruebas de daño físico en el caso de un delito sexual sugiere que la mujer prestó su consentimiento.

La Suprema Corte ordenó la realización de una capacitación y una sensibilización en el tema de género para jueces, fiscales y abogados a fin de eliminar prejuicios sociales arraigados, como la misoginia.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Aparna Bhat & Ors. Appellant (s) v State of Madhya Pradesh & Anr. Respondent(s)*, sentencia del 18-3-2021, en https://main.sci.gov.in/supremecourt/2020/20318/20318_2020_35_1501_27140_Judgement_18-Mar-2021.pdf



Derecho penal. Estupefacientes. Registros domiciliarios y requisas personales autorizados telefónicamente. Pruebas obtenidas en violación de prohibiciones legales. Inconstitucionalidad. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal ordinario de Lecce planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad del art. 191 del Código Procesal Penal (CPP). Lo consideró violatorio de los arts. 2, 3, 13, 14, 24, 97. 2 y 117.1 de la Constitución, este último en relación con el art. 8 de la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuanto no prevé que la prohibición de utilizar pruebas obtenidas en violación de una ley alcanza también a los resultados probatorios como el secuestro del cuerpo del delito o de las cosas pertinentes al delito, y a los actos de registro e inspección domiciliaria y requisas personales llevados a cabo por la policía judicial fuera de los casos taxativamente previstos por la ley o no validados por el Ministerio Público.

Asimismo, el Tribunal planteó la inconstitucionalidad del art. 103.3 del Decreto Presidencial n.º 309/1990 (Texto refundido de las leyes relativas a la disciplina de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, tratamiento y rehabilitación de los estados de toxicodependencia), por resultar violatorio de los arts. 13.2 y 14.2 de la Constitución, en cuanto no prevé que también deben ser validadas las requisas personales y los registros domiciliarios autorizados telefónicamente.

Sentencia: la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 103.3 del Decreto Presidencial n.º 309/1990 (Texto refundido de las leyes relativas a la disciplina de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, tratamiento y rehabilitación de los estados de toxicodependencia), por resultar violatorio de los arts. 13.2 y 14.2 de la Constitución, en cuanto no prevé que las requisas personales y los registros domiciliarios autorizados telefónicamente también deben ser validados. Asimismo, declaró que el planteo de inconstitucionalidad del art. 191 del CPP, en relación con los arts. 2, 3, 13, 14, 24, 97.2 y 117.1 de la Constitución, resultaba manifiestamente inadmisibile.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 191 CPP, la Corte Constitucional se refirió a su sentencia n.º 219/2019, en la que se había pronunciado sobre cuestiones análogas. En efecto, la Corte Constitucional había excluido la posibilidad de transferir al régimen de la no utilizabilidad de la prueba el concepto de vicio derivado que el art. 185.1 CPP contempla exclusivamente en relación con las nulidades. El juez *a quo*, remitiéndose a la teoría de los “frutos del árbol envenenado”, se proponía introducir un nuevo caso de no utilizabilidad de la prueba obtenida mediante un registro ilegítimo, a fin de desalentar las prácticas de obtención de la prueba realizadas mediante modalidades lesivas de los derechos fundamentales. De esta manera, el juez remitente había elevado a la consideración de la Corte Constitucional cuestiones que involucraban opciones de política procesal que están reservadas a la discrecionalidad del legislador. La Corte Constitucional, entonces, observó que las mismas consideraciones también eran válidas para el planteo formulado en el presente caso, y, por consiguiente, declaró que resultaba manifiestamente inadmisibile.

En relación con el art. 103.3 del Decreto Presidencial n.º 309/1990, la Corte Constitucional señaló que se encuadraba en el marco de una norma especial orientada a otorgar a la policía judicial poderes más amplios a fin de prevenir y reprimir el tráfico ilegal de estupefacientes. En efecto, el artículo establece que en los casos en que, por motivos de urgencia, la policía judicial no pueda solicitar al magistrado competente una autorización telefónica, está facultada para proceder al registro, con notificación dentro de las 48 hs. al Ministerio Público, que, a su vez, en caso de que concurran los requisitos exigidos, valida la acción dentro de las 48 hs. posteriores a ser notificado. En consecuencia, la disposición también da lugar a que el registro de la policía judicial sea autorizado oralmente, sin un decreto motivado y sin necesidad de validación.

En este contexto, la Corte Constitucional afirmó que la norma impugnada resultaba incompatible con las garantías establecidas en los arts. 13.2 y 14.2 de la Constitución, según los cuales, entre otras cosas, las requisas personales y los registros domiciliarios pueden ser ordenados solamente mediante un “acto motivado” de la autoridad judicial. Señaló que la autorización telefónica no era equiparable a la actuación motivada, por no cumplir con el requisito de la motivación que garantiza la tutela de la persona sometida a una restricción de sus derechos fundamentales.

La Corte Constitucional identificó como anómala la circunstancia de que el Ministerio Público validara un acto que había sido autorizado previamente por el mismo organismo. Consideró que la validación resulta necesaria y debe ser presentada mediante una resolución motivada, a fin de que la norma impugnada sea compatible con la Constitución. En efecto, en relación con las medidas provisionales adoptadas en casos excepcionales de necesidad y urgencia, el art. 13.3 de la Constitución no hace expresa referencia al acto motivado. Sin embargo, según la Corte Constitucional, la exigencia de motivación y validación debe considerarse implícita en las normas constitucionales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 252 del 26/11/2020 en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2020&numero=252>



Derecho penal. Homicidio culposo. Imputabilidad disminuida. Demanda por negligencia. Daños y perjuicios. Principio ex turpi causa non oritur actio. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: Eila Henderson sufre esquizofrenia paranoide o trastorno esquizoafectivo. En agosto de 2010, estaba bajo el cuidado del equipo de salud mental de la comunidad de Southbourne, que es administrado y operado por Dorset Healthcare. Alrededor del 13 de agosto, la condición de Henderson comenzó a empeorar. El 25 de agosto de ese año, durante un episodio psicótico grave, apuñaló a su madre, que falleció.

Henderson fue declarada culpable de homicidio culposo por imputabilidad disminuida. En el juicio penal, el juez consideró que Henderson no debía cargar con un grado significativo de responsabilidad por sus actos y dispuso su internación en un hospital psiquiátrico, conforme al art. 37 de la Ley de Salud Mental de 1983, y una orden de restricción ilimitada, conforme al art. 41 de la misma ley.

Por su parte, Henderson interpuso una demanda por negligencia contra Dorset Healthcare y le reclamó una compensación por daños y perjuicios. Dorset Healthcare admitió su responsabilidad y negligencia por no haber trasladado a Henderson al hospital cuando su condición psiquiátrica comenzó a empeorar. Declaró que, si lo hubiera hecho, la muerte trágica de su madre no habría ocurrido. Sin embargo, se fundó en el principio *ex turpi causa non oritur actio* y alegó que la demanda no era procedente porque los daños reclamados habían sido consecuencia de: a) una sentencia en su contra del tribunal penal; y/o de b) su propio acto criminal de homicidio culposo.

Otras demandas por daños similares a la que presentó Henderson fueron rechazadas por la Cámara de los Lores en el precedente jurisprudencial *Gray v. Thames Trains Ltd* [2009] UKHL 33; [2009] AC 1339. La reparación de los daños solicitados, por lo tanto, fue tratada como una cuestión previa.

El juez del Tribunal Superior determinó la cuestión previa a favor de Dorset Healthcare. Posteriormente, Henderson apeló ante el Tribunal de Apelación, que rechazó el recurso. Tanto el Tribunal Superior como el Tribunal de Apelación consideraron que los hechos de la demanda eran materialmente idénticos a los del caso *Gray*, lo que resultaba vinculante.

Henderson interpuso un recurso ante la Corte Suprema y planteó que el razonamiento jurídico de *Gray* podía no aplicarse a su caso y que era conveniente apartarse de él, especialmente a la luz de una sentencia más reciente de la Corte Suprema (*Patel v Mirza* [2016] UKSC 42; [2017] AC 467), que también hacía referencia al principio *ex turpi causa non oritur actio*. La apelación hace referencia al principio *ex turpi causa non oritur actio*, según el cual un demandante no puede buscar reparación legal por daños si los daños y perjuicios surgen en relación con su propio acto ilícito.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia del Reino Unido desestimó en forma unánime la apelación de Henderson y resolvió que su denuncia contra Dorset Healthcare debía ser rechazada por el principio *ex turpi causa non oritur actio*.

1. La Corte Suprema de Justicia del Reino Unido debió resolver si Henderson, podía reclamar una compensación por daños y perjuicios al demandado, Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust, por las pérdidas sufridas como resultado de la condena de homicidio culposo que recibió por haber matado a su madre.

2. El recurso de apelación planteaba tres cuestiones. La primera, si el precedente *Gray* podía no ser aplicable al caso.

En *Gray*, la Cámara de los Lores resolvió que la demanda por negligencia no era procedente por el principio *ex turpi causa non oritur actio*, dado que la compensación

por daños y perjuicios que el accionante pretendía obtener era consecuencia de: a) una sentencia en su contra del tribunal penal; y/o de b) su propio acto criminal de homicidio culposo.

Los tribunales inferiores consideraron que los hechos de las causas *Henderson* y *Gray* eran materialmente idénticos. Por lo tanto, la demanda de Henderson debía ser rechazada por el principio *ex turpi causa non oritur actio* por las mismas razones que en el caso *Gray*. Sin embargo, Henderson alegó que el razonamiento jurídico de ese caso no era aplicable al suyo porque *Gray* hacía referencia a un recurrente con un grado significativo de responsabilidad personal por el delito cometido. Por el contrario, en el juicio penal a Henderson, el juez consideró que ella no debía cargar con un grado significativo de responsabilidad por sus actos.

La Corte Suprema rechazó el argumento de Henderson y resolvió que el caso *Gray* era aplicable a su caso. La cuestión fundamental en *Gray* era que el recurrente había sido declarado penalmente responsable de sus actos, y no el grado de responsabilidad que ello reflejaba.

3. La segunda, si la Corte debería apartarse del caso *Gray*.

En *Patel*, la Corte Suprema resolvió que el enfoque adecuado frente al principio *ex turpi causa non oritur actio* en el sistema del *common law* se basaba más en un equilibrio de las consideraciones de política pública que en la confianza. La mayoría consideró la cuestión política subyacente de si reconocer una compensación por un acto ilegal podría provocar una inconsistencia y disonancia en el derecho y causar, por lo tanto, un daño a la integridad del sistema jurídico. Para evaluar si el interés público podría verse perjudicado de esta manera, la Corte debió analizar tres cuestiones: a) el objetivo subyacente del principio *ex turpi causa non oritur actio* en cuestión, y si ese objetivo se vería potenciado al denegar la pretensión; b) cualquier otra política pública pertinente que pudiera verse afectada al denegar la pretensión, y c) determinar si denegar la pretensión constituía una respuesta proporcional al principio *ex turpi causa non oritur actio*.

En cuanto a la aplicabilidad de *Patel*, la Corte Suprema confirmó, en primer lugar, que hacía referencia al principio *ex turpi causa non oritur actio* del sistema del *common law* más que al del derecho escrito. En segundo lugar, afirmó que, si bien hacía referencia a una demanda por enriquecimiento sin causa, la decisión de la Corte brindaba una orientación acerca del enfoque adecuado del principio *ex turpi causa non oritur actio* del sistema del *common law* en el derecho civil general. En tercer lugar, consideró que los principios identificados en *Patel* derivaban de antecedentes jurisprudenciales preexistentes y que las sentencias previas relativas al principio *ex turpi causa non oritur actio* mantenían su valor de precedente, a menos que resultaran incompatibles con el razonamiento jurídico de la Corte en *Patel*.

Por su parte, Henderson alegó que la Corte debía apartarse de *Gray* por tres razones. La primera consistía en que el razonamiento jurídico en *Gray* era incompatible con el enfoque del principio *ex turpi causa non oritur actio* adoptado por la Corte Suprema en *Patel*. Sin embargo, la Corte consideró que el razonamiento fundamental en *Gray* era consistente con el de *Patel*, por lo que seguía siendo válido.

La segunda razón consistía en que *Gray* no debería aplicar en los casos en los que el recurrente no contaba con suficiente responsabilidad personal por el delito cometido y/o cuando no existía un elemento penal en la condena impuesta por el tribunal penal.

La Corte rechazó este argumento. Sostuvo que otorgarle a un recurrente una compensación por daños y perjuicios por las pérdidas sufridas como resultado de una condena impuesta en su contra por el tribunal penal y/o de un acto criminal intencional del cual el recurrente ha sido declarado penalmente responsable provocaría una inconsistencia perjudicial para la integridad del sistema jurídico. Señaló que el delincuente bajo el derecho penal se convertiría en la víctima bajo el derecho civil. Además, agregó que solicitar al tribunal civil que evaluara si un denunciante en una causa civil tenía o no un grado significativo de responsabilidad personal en relación con el delito cometido crearía, claramente, un riesgo de sentencias inconsistentes entre los tribunales penales y los civiles.

La tercera razón de Henderson solicitaba que se hiciera lugar a su demanda bajo el enfoque de las tres cuestiones analizadas en el caso *Patel*. Respecto de ellas, la Corte confirmó, en primer lugar, que por lo general debían poder ser abordadas como argumentos y a un nivel de generalidad que no demandara la necesidad de pruebas. En segundo lugar, afirmó que implicaban un equilibrio entre las consideraciones en materia política que surgían a partir de las cuestiones a) y b), y que la c) estaba relacionada con la proporcionalidad y los factores específicos del caso más que con consideraciones sobre política general. En tercer lugar, señaló que, cuando surgieran, correspondía darle un peso relevante a las consideraciones en materia política acerca de que una persona no podía beneficiarse de sus propios actos indebidos y de que la ley debía ser coherente. En cuarto lugar, sostuvo que, cuando las consideraciones sobre política se opusieran al rechazo de la denuncia, no sería necesario evaluar la cuestión c) y su proporcionalidad. Por último, en quinto lugar, aseguró que, en cuanto a la proporcionalidad, la centralidad y la cercanía de la conexión causal entre el principio *ex turpi causa non oritur actio* y la demanda, generalmente serán factores de particular importancia.

Respecto de la cuestión a), las razones que respaldan el rechazo de la demanda de Henderson incluyen los principios de consistencia y confianza pública identificados en *Gray*. También comprenden: i) la gravedad de su delito penal; ii) el interés público en la adecuada adjudicación de los recursos del Servicio Nacional de Salud (NHS); iii) la estrecha conexión entre la demanda y el delito cometido, y iv) el interés público en la disuasión del homicidio ilegítimo, protección del público ante el delito y su condena pública. Si bien un recurrente como Henderson quizás no sea disuadido de cometer un homicidio ilegítimo mediante la amenaza de privarlo del derecho civil de compensación, puede haber un efecto disuasivo más amplio en una norma clara que exprese que “el homicidio ilegítimo nunca paga”. Cualquier efecto de esta índole es relevante por la importancia fundamental del derecho a la vida. Este tipo de norma también respalda el interés público en la condena pública y el castigo debido.

Respecto de la cuestión b), las razones en materia política a favor de hacer lugar a la denuncia por negligencia de Henderson no superan a las razones que respaldan

su rechazo. En particular, como queda claro en *Gray*, la inconsistencia de derecho es tal que afecta la integridad del sistema jurídico y la cuestión política subyacente identificada en *Patel* es abordada en esos términos.

Respecto de la cuestión c), los cuatro factores vinculados con la proporcionalidad identificada en *Patel* no revelan que el rechazo de la demanda sería desproporcionado. Por lo tanto, el enfoque de las tres cuestiones en *Patel* no conllevaría a un resultado diferente en el caso de Henderson. Por lo tanto, la Corte confirmó que *Gray* cumplía con el criterio de *Patel* y debía aplicarse y tomarse como precedente aplicable en casos similares.

4. La tercera, si Henderson puede solicitar una compensación por daños y perjuicios por cualquiera de los conceptos perjudiciales que ha planteado.

La Corte resolvió que no. Henderson no puede solicitar una compensación por daños y perjuicios por pérdida de libertad o de capacidades durante su detención en el hospital dado que estos daños fueron el resultado de una condena impuesta por un tribunal penal. Los demás perjuicios tampoco deben ser compensados porque derivan del homicidio de su madre que la misma Henderson cometió. Sería inapropiado que la Corte subvirtiera la aplicación de la Forfeiture Act 1982, la ley que impide que Henderson recupere la totalidad del patrimonio de su madre.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL REINO UNIDO, *Ecila Henderson (A Protected Party, by her litigation friend, The Official Solicitor) (Appellant) v Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust (Respondent)* [2020] UKSC 43, sentencia del 30-10-2020, en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0200-judgment.pdf>



Derecho Penal. Medidas de seguridad para autores de actos terroristas después de cumplida su condena. Principio de irretroactividad de la ley penal. Principio de legalidad de los delitos y las penas. Derecho Constitucional. Prevención de atentados contra el orden público. Derecho al respeto de la vida privada. Libertad personal. Libertad de tránsito. Derecho a tener una vida familiar normal. (Francia).

Antecedentes del caso: El presidente de la Asamblea Nacional de Francia, por un lado, y más de 60 diputados y más de 60 senadores, por el otro, pidieron al Consejo Constitucional de Francia que se pronunciara sobre la constitucionalidad del art. 1 de la ley que estableció medidas de seguridad para los autores de actos terroristas después de cumplida su condena.

El art. 1 de la ley, adoptada en la sesión extraordinaria del 27 de julio de 2020 de la Asamblea Nacional, dispuso medidas de seguridad que imponían, a los

culpables del delito de terrorismo que hayan cumplido su condena, una serie de obligaciones y prohibiciones para evitar la reincidencia. Los accionantes cuestionaron que el artículo mencionado ponía trabas innecesarias a la libertad personal y afectaba la libertad individual, la libertad de tránsito y el derecho al respeto de la vida privada de una manera que no era necesaria, adecuada ni proporcional con el objetivo perseguido por el legislador. Además, agregaron que el principio de legalidad de los delitos y las penas era menospreciado y se privilegiaba la subjetividad en la apreciación de la peligrosidad de una persona. Del mismo modo, señalaron que la cantidad de obligaciones previstas por la ley tenían un carácter privativo de la libertad y justificaban la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia resolvió que el art. 1 —y, en consecuencia, los arts. 2 y 4, que no pueden separarse de él— de la ley que estableció medidas de seguridad para los autores de actos terroristas después de cumplida su condena eran inconstitucionales.

Dado que la lucha contra el terrorismo forma parte del objetivo de valor constitucional de prevenir atentados contra el orden público, el Consejo Constitucional consideró que el legislador podía prever, bajo ciertas condiciones, medidas de seguridad en razón de la peligrosidad particular del responsable de actos terroristas y con la intención de prevenir ese tipo de delitos. Sin embargo, los artículos declarados inconstitucionales son contrarios a los requisitos derivados de los arts. 2, 4 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Para analizar la ley cuestionada, el Consejo Constitucional entendió en nuevos términos que el terrorismo perturbaba gravemente el orden público a través de la intimidación o el terror. Destacó que la lucha contra el terrorismo formaba parte del objetivo de valor constitucional de prevenir atentados contra el orden público. Consideró que el legislador pretendía, tal como lo fundamentó en la misma norma, tomar medidas contra el terrorismo y evitar la comisión de actos que perturbaran gravemente el orden público. De este modo, el legislador perseguía el objetivo de valor constitucional de prevenir las vulneraciones del orden público.

Por otro lado, observó que, dado que la ley evaluada se pronunciaba sobre una condena penal y sobre lo que ocurría tras el cumplimiento de la condena, no decidía en relación con la sentencia del tribunal de primera instancia, sino con la sentencia de expiración de la pena del tribunal regional de detención de seguridad. En este sentido, señaló que la norma no se basaba en la culpabilidad del condenado, sino en su peligrosidad particular de acuerdo con la evaluación del tribunal regional a la fecha del fallo. Agregó que el propósito de la ley era prevenir e impedir la recurrencia. Por lo tanto, las medidas de seguridad no son ni una pena ni una sanción con carácter de castigo.

Sin embargo, aunque la ley cuestionada carezca de carácter punitivo, debe respetar el principio, derivado de los arts. 2, 4 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual la libertad personal no puede ser obstaculizada por un rigor innecesario. Corresponde al legislador asegurar la conciliación entre, por un lado, la prevención de ataques contra el orden público y,

por el otro, el ejercicio de los derechos y libertades garantizados constitucionalmente. Entre ellos, están la libertad de tránsito, que forma parte de la libertad personal, el derecho al respeto de la vida privada, protegido por el art. 2 de la Declaración de 1789, y el derecho a tener una vida familiar normal, que surge del décimo párrafo del Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946. Las limitaciones al ejercicio de estos derechos y libertades deben ser adecuadas, necesarias y proporcionales con el objetivo preventivo perseguido.

Si bien el Poder Legislativo está habilitado para prever medidas de seguridad que se basen en la peligrosidad particular, evaluada a partir de elementos objetivos, del autor de un acto terrorista y que se orienten a prevenir la repetición de esa clase de delitos, la norma debe cumplir ciertas condiciones. En este sentido, son requisitos necesarios que ninguna medida menos lesiva de los derechos y libertades constitucionales sea suficiente para impedir la comisión de los ataques y que las condiciones de implementación de las medidas y su duración sean adecuadas y proporcionales con el objetivo perseguido. El cumplimiento de estos requisitos es exigible aún con mayor firmeza cuando la persona ya ha cumplido su condena.

En relación con esto, la ley cuestionada permite imponer, de manera acumulativa si es necesario, diversas obligaciones o prohibiciones que afectan la libertad de tránsito, el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a tener una vida familiar normal de las personas. El art. 1 dispone, por ejemplo, la obligación de establecer la residencia en un lugar determinado, la obligación de presentarse periódicamente (hasta tres veces por semana) ante la policía o la gendarmería, la prohibición de participar en ciertas actividades, la prohibición de ponerse en contacto con determinadas personas o de asistir a determinados lugares y la obligación de respetar las condiciones del servicio sanitario, social, educativo o psicológico que le permita reinsertarse en la sociedad y adquirir valores cívicos.

Del mismo modo, el Consejo Constitucional observó que la duración de la medida de seguridad aumentaba su rigor. Aunque la norma impugnada permite ordenar medidas de seguridad por un período de un año, lo cierto es que también admite que la medida sea renovada y dure hasta cinco o, en algunos casos especiales, diez años. Si la persona era menor de edad en el momento en que llevó a cabo los actos terroristas, los plazos máximos son, respectivamente, tres y cinco años. Las duraciones máximas se aplican según el delito cometido, independientemente de los años de pena establecidos en la sentencia.

Además, la medida de seguridad solo puede dictarse en razón de la peligrosidad de la persona y, sobre todo, por una probabilidad alta de reincidencia. No obstante, si bien la ley establece que la medida de seguridad solo puede aplicarse después de la ejecución de una pena de prisión, no exige que la persona pueda, durante la ejecución de esta pena, beneficiarse de medidas que favorezcan su reinsertión social.

Finalmente, la ley indica que las renovaciones de la medida de seguridad pueden decidirse en las mismas condiciones que la resolución inicial, sin exigir que el análisis de la peligrosidad de la persona sea corroborada con elementos nuevos o complementarios.

Por todas estas razones, el Consejo Constitucional resolvió que las disposiciones impugnadas desconocían los requisitos constitucionales mencionados y declaró que el art. 1 — y, en consecuencia, los arts. 2 y 4, que no pueden separarse de él— de la ley eran inconstitucionales. Señaló que correspondía al legislador elaborar un nuevo texto legal que cumpliera con los requisitos constitucionales.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2020-805 DC del 7-8-2020, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020805DC.htm>.



Derechos políticos. Género. Derecho a la igualdad de oportunidades para integrar las listas de candidatos. Principio de democracia. Equilibrio, paridad y proporción de género en el Congreso. Ley electoral federal. (Alemania).

Antecedentes del caso: las recurrentes, un colectivo de mujeres, aspiraban a una reglamentación, por ley, de las listas electorales para que contemplaran la paridad de género. No estaban de acuerdo con la baja proporción de mujeres que integran el Congreso alemán. Cuestionaron la falta de disposiciones legales que impusieran un equilibrio de género en las listas de los partidos políticos, tanto en las provincias como en la Federación.

La composición del Congreso alemán surge de un sistema mixto: la mitad de los escaños se define proporcionalmente en función de los votos a las listas de los partidos políticos, mientras que el resto de los lugares — mandato directo— corresponde al vencedor de cada distrito. Este sistema electivo complica la implementación de una paridad de género preestablecida a partir de las listas de los partidos.

En las elecciones legislativas de 2017, el 51,5 % de los candidatos eran mujeres. La proporción de personas del género femenino que se presentaron a elecciones y ocuparon los primeros cinco puestos de las listas partidarias era de un 34,7 %. El resultado de las votaciones determinó que 218 mujeres fueron electas sobre un total de 709 candidatos. La proporción de mujeres disminuyó, en comparación con el período anterior, de un 36,3% a un 30,7 %.

Las recurrentes objetaron la validez de las elecciones legislativas. Argumentaron que la nominación mixta no garantizaba una proporción equivalente de candidatos por parte de los partidos políticos, lo que constituía

un error electoral considerable e impactaba en la distribución de escaños. Sostuvieron que esa situación conducía a una violación del art. 3.2 LF, es decir, del derecho a la igualdad ante la ley, y del art. 38.1.1 LF, de libertad del legislador, como así también del principio de democracia del art. 20.1 y 2 LF.

Alegaron que la actual ley de organización electoral afectaba a las mujeres porque les correspondía una representación menor. Argumentaron que, en consecuencia, no podían participar en pie de igualdad en el proceso democrático ni influir de manera efectiva en la toma de decisiones en el Congreso.

La objeción electoral había sido presentada inicialmente ante el Congreso, que la rechazó el 9 de mayo de 2019. Argumentó que carecía de fundamento, ya que la ley electoral federal y los reglamentos electorales federales no establecían una representación de género equitativa en las nóminas electorales. Y sostuvo la constitucionalidad de la ley aplicada.

De conformidad con el art. 41.2 LF, las recurrentes presentaron la revisión de la medida del Congreso ante el Tribunal Constitucional Federal.

Sentencia: el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal rechazó por inadmisibles las denuncias electorales. Consideró que la demanda presentada por el colectivo de mujeres no estaba suficientemente argumentada y no tenía el respaldo legal necesario. Además, sostuvo que no solo el mandato de igualdad de género estaba amparado en la Ley Fundamental, sino también la libertad de elección y la libertad de las partes, votantes y votados, tanto a votar como a ser elegidos. También señaló que los parlamentarios no eran responsables ante un sector específico de la población, sino ante todo el pueblo alemán.

1. La competencia legislativa otorga la potestad de promulgar leyes, pero no la obligación. En la medida que la Federación tenga competencia legislativa sobre una determinada materia o asunto, entonces tiene la potestad, pero no la obligación, de promulgar leyes. Sin embargo, esto no excluye que existan obligaciones legislativas excepcionales (por fuera de los art. 70 a 82 LF), así como disposiciones de derecho de la Unión. Tal obligación debe materializarse a través de una denuncia por omisión legislativa. Además, al legislador se le abre un amplio campo de libertades al existir una obligación de actuar, en particular cuando se trata del ámbito del derecho electoral, de acuerdo con el art. 38.3 LF. Solo en algunas pocas excepciones la Constitución expresa una obligación concreta de actuar y compele a realizar determinadas acciones. La libertad de acción del legislador en ejercicio de funciones en materia electoral, en el sentido de una ley o norma formal compuesta por medidas o reglamentos, merece una justificación especial.

2.a. Las recurrentes no demostraron adecuadamente que el

legislador, debido a la igualdad pasiva del derecho al voto conforme al art. 38.1.1 LF, estuviera obligado a considerar aspectos de paridad al diseñar la nómina de candidatos.

El principio de igualdad de elección del art. 38.1.1 LF (que establece que los miembros del Congreso alemán son elegidos por el voto general, directo, libre, igualitario y secreto) exige que todos los ciudadanos y ciudadanas puedan ejercer el derecho pasivo al voto y activo de manera formal y equitativa. Este derecho brinda a cada partido y a cada candidato básicamente las mismas posibilidades en la contienda electoral y durante la campaña electoral. La ausencia del requisito de equilibrio de género en la ley sirve precisamente para garantizar el principio de igualdad de oportunidades a todos los candidatos en el sentido del art. 38.1.1. LF. Por lo tanto, la imposición del requisito de equilibrio de género podría ir en contra del principio de igualdad. En este contexto, la presentación de las recurrentes no analizó suficientemente si la equiparación a nominar candidatos podría incidir en el derecho pasivo al voto. Tampoco expuso un examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a una comprensión formal y estricta del principio de igualdad de elecciones, tal como lo establece el art. 38.1.1 LF.

2.b. Las recurrentes no presentaron pruebas para fundamentar que el principio de democracia requiera una distribución de género equitativa en el Congreso y una norma concordante del derecho a la nómina mixta proporcional de candidatos.

De acuerdo con el art. 20.2 LF, toda la autoridad estatal proviene del pueblo. En la democracia representativa de la Ley Fundamental, la legitimación democrática se transmite en la elección del órgano de representación. Los representantes electos no son responsables ante el país, una jurisdicción, un partido o un grupo de la población, según el art. 38.1.2 LF, sino ante todo el pueblo alemán. Tampoco están sujetos ni a órdenes ni a instrucciones, sino solo a su propia conciencia. Además, dado el principio de representación, no es conveniente que el Parlamento se presente como una imagen reducida del electorado. Las recurrentes no demostraron adecuadamente que el principio de representación global no cumpliera con los requisitos constitucionales. Independientemente de la cuestión de los modelos de democracia de grupo o de género que compatibilice con la Ley Fundamental, no está claro que el art. 20.1 y 2 LF implique una obligación constitucional que “refleje” la proporción de mujeres y hombres en el Congreso.

2.c. Las recurrentes tampoco demostraron suficientemente que el Poder Legislativo, en razón del requisito del art. 3.2.1 y 2 LF, estuviera obligado a sancionar una proporción equitativa en el derecho electoral. Se puede dejar abierto si trataron adecuadamente la aplicabilidad y el contenido

de la norma. En cualquier caso, no han fundamentado el ámbito de acción legislativo para hacer cumplir el mandato de igualdad de oportunidades del art. 3.2.2 LF, que se restringiría constitucionalmente a la obligación de promulgar un derecho proporcional y equitativo al nominar candidatos. El legislador debe tener en cuenta, al ejercer el mandato de igualdad de derechos de la ley de nominación de candidatos, a los bienes constitucionales de igual valor y asegurar que se apliquen adecuadamente. Deben incluirse los principios de libertad e igualdad de elección, conforme el art. 38.1.1 LF, y la libertad de las partes, según el art. 21.1 LF.

Sin embargo, las recurrentes no abordaron adecuadamente la proporción que buscaban proteger. Tampoco quedó suficientemente claro que el legislador estuviera obligado a diseñar la nómina de candidatos en pie de igualdad, a pesar de los bienes constitucionales mencionados. Ignoraron que los órganos estatales son fundamentalmente responsables de decidir cómo consideran el mandato de igualdad de oportunidades del art. 3.2.2 LF y no explicaron por qué este mandato de la ley electoral federal se basaba exclusivamente en el orden de los requisitos de proporcionalidad. Las recurrentes no pudieron demostrar suficientemente que el Poder Legislativo, en base a la paridad del art. 3.2.1 y 2 LF, estuviera obligado por los requisitos de igualdad que ya figuran en la ley electoral. El art. 3.2.1 establece que el Estado promueve la igualdad de hombres y mujeres y actúa para evitar cualquier tipo de desigualdad. El art. 2 dispone que toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre que no viole los derechos de los demás y no viole el orden constitucional ni la ley moral.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvC 46/19, sentencia del 15-12-2020, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/12/cs20201215_2bvc004619.html;jsessionid=A27F9B06661AA-004158890031685BB8D.1_cid377.



Responsabilidad Internacional del Estado. Derecho a la libertad personal. Derecho a la libertad y a la seguridad personales. Prohibición de detención arbitraria. Garantías judiciales. Protección de la honra y de la dignidad. Injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas. Protección judicial. Igualdad ante la ley. Deber de no discriminación. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso:

1. En mayo de 1992, un inspector y dos sargentos que se encontraban “recorriendo la jurisdicción” avistaron, cerca de las 7:00 pm, en una zona casi despoblada de la ciudad de Mar de Plata, un vehículo verde con “tres sujetos en su interior en actitud sospechosa”, entre los cuales se encontraba Carlos Alberto Fernández Prieto. Los agentes policiales interceptaron el vehículo, hicieron descender a los pasajeros y, en presencia de dos testigos llamados al efecto, realizaron una requisa. Según el acta de detención, en el baúl del vehículo se encontraron un ladrillo envuelto en un papel plateado con cinta marrón cuyo aroma y características indicaban que “podría tratarse de [...] marihuana”, un revólver calibre 32 con diez proyectiles y 30 vainas. En el interior del vehículo, en el asiento que ocupaba Fernández Prieto, se hallaron cinco ladrillos iguales al anterior y una pistola calibre 22 con 8 proyectiles, un cargador y dos pistoleras. En virtud de estos hallazgos, los agentes policiales procedieron al secuestro de dichos objetos, detuvieron a Fernández Prieto y los demás pasajeros, y los llevaron a la dependencia policial.

En junio de 1992 el juez federal de Mar de Plata dispuso la prisión preventiva de Fernández Prieto. En julio de 1996, Fernández Prieto fue condenado a cumplir cinco años de prisión y a pagar una multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes. En la sentencia, el juez sostuvo que estaba comprobado que, el 26 de mayo de 1992, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar señaladas el acusado había transportado una cierta cantidad de marihuana.

La defensa interpuso un recurso. Alegó la nulidad de la requisa sin orden judicial y la errónea calificación jurídica del hecho. En noviembre de 1996, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata desestimó el recurso y confirmó la sentencia condenatoria.

El 12 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó un recurso de queja interpuesto y confirmó la sentencia condenatoria. Consideró que el examen de la legalidad de la detención debía realizarse considerando las circunstancias especiales en que se desarrolló, así como el hecho de que los funcionarios policiales se encontraban recorriendo la jurisdicción en la función específica de prevención del delito. Fernández Prieto estuvo privado de su libertad por un periodo de dos años, ocho meses y cinco días. Falleció en 2020.

2. En enero de 1998, alrededor del mediodía, Carlos Alejandro Tumbeiro, electricista de 44 años, fue interceptado por agentes de la Policía Federal Argentina con fines de identificación, mientras transitaba por una calle de Buenos Aires. Los policías le preguntaron qué hacía en la zona; les respondió que buscaba un equipo electrónico de repuesto y les entregó su documento de identidad. Según la versión policial, por notar lo “sumamente nervioso” antes el cacheo, uno de los agentes “lo invitó a subir” a la patrulla. Mientras esperaban comprobar la existencia de antecedentes penales, los agentes se percataron de que Tumbeiro “en medio de un diario [...] portaba consigo una sustancia [...] blanca similar al clorhidrato de cocaína”, a raíz de lo cual requirieron la presencia de testigos y lo detuvieron. Alegaron que la actitud de Tumbeiro “resultaba sospechosa” porque “su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero”. Por su parte, Tumbeiro declaró que ese día iba vestido con pantalones de jean y camisa, que los agentes policiales lo “metieron en el patrullero” y le “encajaron la droga”, y que, hasta entonces, “nunca había tenido un antecedente”. También fue obligado a bajarse los pantalones y la ropa interior en el patrullero.

En agosto de 1998, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de la Capital Federal condenó a Tumbeiro a un año y seis meses de prisión, de cumplimiento en suspenso, por el delito de tenencia de estupefacientes, previsto en el art. 14 de la Ley 23 737. Tumbeiro interpuso un recurso de casación contra la sentencia y solicitó la nulidad del acta de secuestro por estimar que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la requisa sin orden judicial.

En marzo de 1999, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal absolvió a Tumbeiro. Contra esa decisión, el fiscal general interpuso un recurso extraordinario.

En octubre de 2002, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal y ordenó que fuera emitido un nuevo pronunciamiento. La Corte Suprema juzgó que en el procedimiento no se advertía ninguna irregularidad y que la sentencia recurrida había ignorado “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito” y había omitido valorar el “nerviosismo” de Tumbeiro junto con las demás circunstancias por las cuales los policías decidieron identificarlo. Tumbeiro no estuvo nunca privado de su libertad salvo el día de su detención, sino que fue llamado a prestar servicios comunitarios en una fundación. En mayo de 2006, el Juez Nacional de Ejecución Penal resolvió dar por cumplida la condena. Tumbeiro falleció en 2014.

3. Los casos constituyeron dos supuestos específicos de restricciones de derechos por acciones de la policía: la interceptación y registro del automóvil donde se transportaba Fernández Prieto, por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires en 1992, y la detención con fines de identificación y requisa corporal de Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina en 1998.

La Corte Interamericana analizó cada caso por separado debido a que ocurrieron en fechas distintas, y a que existieron cambios en la legislación aplicable para cada uno de ellos. Sin embargo, ambos guardan una estrecha relación fáctica y jurídica.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro.

La Corte Interamericana advirtió que las detenciones de Fernández Prieto y de Tumbeiro, en 1992 y 1998, respectivamente, se llevaron a cabo en un contexto general de detenciones y requisas arbitrarias en Argentina. Encontró que la interceptación y posterior registro del automóvil en que viajaba Fernández Prieto, por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y la detención con fines de identificación y registro corporal de Tumbeiro, por parte de la Policía Federal Argentina, no cumplieron con el estándar de legalidad, fueron arbitrarias, y constituyeron una injerencia en sus vidas privadas. En el mismo sentido, determinó la inconveniencia de diversas normas habilitantes para la detención de personas sin orden judicial, y la inconveniencia de su aplicación en la época de los hechos. Concluyó que la detención de Tumbeiro fue, además, discriminatoria, y que configuró una violación del derecho a la igualdad ante la ley. También, declaró que la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial ocurridas tuvieron lugar debido a la falta de control judicial adecuado en las diversas instancias judiciales durante el proceso penal seguido contra las víctimas.

En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación a los arts. 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en perjuicio de Fernández Prieto y Tumbeiro, y por la violación a los arts. 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (deber de no discriminación) de la Convención, en perjuicio de Tumbeiro.

1. Reconocimiento de responsabilidad internacional

El Estado aceptó las conclusiones de la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo n.º 129/17. Solicitó a la Corte Interamericana que produjera la prueba ofrecida y se pronunciara tanto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados como sobre las reparaciones.

En virtud del reconocimiento de responsabilidad, la Corte Interamericana concluyó que había cesado la controversia respecto de lo siguiente: a) los hechos establecidos por la Comisión en su Informe de Fondo; b) la violación a los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, protección judicial, e igualdad y no discriminación, reconocidos en los arts. 7, 8, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en sus artículos 1.1 y 2, y c) la necesidad de otorgar medidas de reparación.

2. Fondo

2.1. Derecho a la libertad personal.

La Corte Interamericana recordó que el contenido esencial del art. 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra

toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado. Por esta razón, la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal). Sobre esta base analizó si las detenciones de Fernández Prieto y de Tumbeiro habrían cumplido con el requisito de legalidad.

En primer lugar, el tribunal observó al respecto que la Constitución de Argentina establece en su art. 18 que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. La disposición estaba vigente en la época de los hechos y era aplicable a las dos víctimas del caso.

Sin embargo, la legislación procesal aplicable era distinta en ambos casos, por lo que la sentencia planteó un análisis separado de cada una de las detenciones.

En relación con Fernández Prieto, la Corte notó que el art. 4 del Código de Procedimientos en lo Criminal, vigente en la época en que fue detenido, disponía que “[e]l Jefe de la Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan *in fraganti* delito y a aquellas contra quienes haya indicios vehementes o semivehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente”. Asimismo, constató que el art. 184.4 de la misma norma establecía que “[...] en los delitos públicos, los funcionarios tendrán las siguientes obligaciones y facultades: Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el art. 4”. En razón de ello, al analizar los hechos relacionados con su detención, y las decisiones judiciales que conocieron sobre la legalidad de la misma, concluyó que la presunta “actitud sospechosa” que motivó la interceptación del vehículo no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible “indicio vehemente o semiprueba de culpabilidad” y, por lo tanto, no era una causal prevista por el Código de Procedimientos en lo Criminal.

La Corte Interamericana advirtió que las diversas sentencias a nivel interno que se pronunciaron sobre la validez de la interceptación y registro del automóvil en que viajaba Fernández Prieto se habían basado en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista que validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir, de las pruebas recabadas, sin tomar en consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial. Con independencia de la legitimidad de las razones con que los tribunales que conocieron sobre el caso justificaron los hechos bien como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, bien porque las pruebas obtenidas habían podido demostrar la culpabilidad de Fernández Prieto, de las propias sentencias se confirma que la interceptación y posterior registro y detención no fue realizada en aplicación de la legislación vigente.

En ese sentido, por haberse incumplido el requisito de legalidad de la detención, la Corte Interamericana concluyó la violación a los arts. 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con su art. 1.1.

En un sentido similar, en relación con la detención de Tumbeiro, el Tribunal constató que el Código Procesal Penal de la Nación, vigente a partir de octubre de 1992, y por lo tanto vigente en la época de la detención de Tumbeiro en 1998, establecía en su art. 284 que “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial”, a: a) quien “intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo”; b) quien se “fugare, estando legalmente detenido”; c) de manera excepcional, contra quien “hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”, y d) quien “sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...]”. Asimismo, notó que la Ley 23 950, que modificó la Ley Orgánica Para la Policía Federal de 1958, disponía que, fuera de los casos establecidos en la normativa procesal penal, no se podría detener a las personas sin orden de juez competente, salvo si: “[...] existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad [...]”.

En el caso de Tumbeiro, el Tribunal constató que su detención se había basado en tres hechos: a) se había mostrado nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir propio de la zona por la que transitaba, y c) buscaba un material “totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños”. La Corte Interamericana consideró que ninguna de las razones que dio la policía para retener a Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitieran a un observador razonable inferir con objetividad que probablemente había cometido o estaba por cometer una infracción penal o contravencional. Por el contrario, calificó que las razones que motivaron la detención con fines de identificación respondieron a preconcepciones sobre cómo se debe ver una persona que transita en un determinado lugar, cómo se debe comportar ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar. De igual modo, consideró que la detención obedeció a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia de Tumbeiro, y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba.

La Corte Interamericana afirmó que el uso de estereotipos supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en ellos, y no una evaluación de las razones objetivas que vinculen efectivamente a una persona con la comisión de un delito. Sostuvo que las detenciones basadas en razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias. En el caso, encontró que la situación relativa a las detenciones arbitrarias en Argentina, así como las razones invocadas por la policía para justificar la detención, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre la participación de Tumbeiro en un hecho delictivo. Por el contrario, la detención estuvo motivada solamente por el hecho de no haber reaccionado del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto, y por no vestir de modo adecuado según la percepción que tenían los agentes sobre los vecinos de la zona.

La Corte Interamericana concluyó que la detención de Tumbeiro constituyó una violación de los arts. 7.1, 7.2, 7.3 y 24 de la Convención, en relación con su art. 1.1.

Además, el tribunal consideró que la forma genérica e imprecisa en que la legislación aplicable contemplaba los supuestos habilitantes para la detención de una persona sin orden judicial, permitía que una mera sospecha de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona. De esta forma, consideró que los términos empleados en el Código de Procedimientos en lo Criminal, en el Código Procesal de la Nación y la Ley 23 950, junto con las formulaciones que contenían, presentan una abstracción de tal entidad que abrían la puerta a la discrecionalidad. Asimismo, concluyó que la manera amplia en que estaban redactados los supuestos para realizar una interceptación de un automóvil y una detención con fines de identificación, y la práctica por parte de las autoridades del Estado al aplicar dichas normas —tanto por la policía como por los jueces—, representó, entre otros, un problema de diseño normativo, pues no permitía evitar la arbitrariedad de las detenciones y el abuso de autoridad y, por el contrario, las podía incentivar. En ese sentido, concluyó que existió una violación al art. 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con su art. 2.

2.2. Derecho a la protección de la honra y de la dignidad.

La Corte Interamericana recordó que el art. 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas. En esa lógica, consideró que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad, como aquellos que se encuentran dentro del domicilio. Por esta razón, no puede ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades. En razón de ello, concluyó que la requisa del automóvil en que viajaba Fernández Prieto constituyó una injerencia en la vida privada, por haber incumplido el requisito de legalidad.

En el mismo sentido, concluyó que la requisa corporal a la que fue sujeto Tumbeiro incumplió el requisito de legalidad, pues las razones argüidas por los policías no constituyeron motivos suficientes para considerar que existieran motivos para presumir que el hombre ocultaba en su cuerpo cosas relacionadas con un delito, tal como lo requería el art. 230 del Código Procesal Penal de la Nación. Adicionalmente, la Corte Interamericana consideró que la requisa corporal antes mencionada fue arbitraria y desproporcionada, pues Tumbeiro fue obligado a desnudarse en el interior de la patrulla, y que la norma habilitante para realizarla resultaba imprecisa y contraria al principio de tipicidad. Los anteriores hechos constituyeron una violación al art. 11 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana determinó las siguientes medidas de reparación integral: a) publicar la sentencia en diarios y en el sitio web oficial del Poder Judicial de la Nación; b) adecuar el ordenamiento interno de acuerdo a lo señalado en la sentencia, de forma tal que se evite la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisa corporal o registro de un vehículo; c) implementar un plan de capacitación

de los cuerpos policiales de la Provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina, el Ministerio Público y el Poder Judicial, que incluya información sobre la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas y estereotipadas; y d) la producción de estadísticas oficiales respecto a la actuación de las Fuerzas de Seguridad en materia de detenciones, registros y requisas. Por otra parte, se ordenó pagar una indemnización en concepto de daños material e inmaterial, y reintegrar los gastos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

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, *Fernández Prieto y Tumbreiro vs. Argentina* (fondo y reparaciones), sentencia de 1-9-2020, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf



Responsabilidad Internacional del Estado. Derecho a la vida. Derecho a la integridad personal. Obligación de separar a las personas privadas de su libertad: procesadas de las condenadas. Obligación de separar a las personas privadas de su libertad: mayores y menores. Finalidad de las penas privativas de la libertad. Derechos del niño. Derecho a las garantías judiciales. Derecho a la protección judicial. Responsabilidad respecto de las víctimas y de sus familiares. Obligación de respetar los derechos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en 2005, el centro venezolano Juan José Bernal de detención para adolescentes y jóvenes mayores de dieciocho años en conflicto con la ley, parte del Instituto Nacional de Atención del Menor (INAM), presentaba una serie de problemas tanto estructurales como de control y cuidado de su población. Los internos vivían en condiciones de hacinamiento, no estaban separados en función de la edad ni del estado procesal de cada uno y el centro había suspendido los programas de educación que ofrecía. Además, la institución no contaba con las instalaciones ni las medidas de seguridad adecuadas, por ejemplo, carecía de un plan de atención de emergencias y de medidas de prevención y protección contra incendios, y tampoco contaba con personal de custodia suficiente, por lo que el control de ingreso de material prohibido resultaba insuficiente.

El 30 de junio de 2005, José Gregorio Mota Abarullo, Gabriel de Jesús Yáñez Sánchez, Rafael Antonio Parra Herrera, Cristian Arnaldo Molina Córdova y Johan José Correa, los siete internos alojados en la celda 4, con espacio previsto para

cuatro personas, tuvieron una pelea con un joven alojado en la celda 2. Pocas horas después, los internos de la celda 7 intentaron agredir a los de la celda 4, luego de que finalizaran los turnos de visita de familiares. Cuando dos de los jóvenes de la celda 4 fueron liberados, recibieron insultos por parte de otros internos. El centro contaba entonces con cuatro funcionarios para una población de 50 personas.

A fin de controlar mejor la situación, los funcionarios del centro establecieron turnos para que los internos salieran de sus celdas para cenar. Cuando dos de los funcionarios fueron a buscar a los de la celda 2, que eran once, los jóvenes los amenazaron con chuzos e intentaron quitarles las llaves de la celda 4, porque, conforme declaró luego uno de los funcionarios, querían agredir a los internos alojados allí.

Algunos de los jóvenes de la celda 2 se dirigieron hacia la celda 4 pronunciando palabras intimidatorias. Aunque fueron conducidos de vuelta a su dormitorio, los internos de la celda 4 ubicaron sus colchonetas cerca de la puerta de acceso y las prendieron fuego, a modo de defensa, para obstruir el ingreso. El fuego se extendió dentro de la celda y provocó una gran cantidad de humo. De acuerdo con distintas declaraciones, los funcionarios, que estaban en la celda 2, intentaron procurar asistencia tras advertir la situación. Con ayuda de un interno que colaboraba con la limpieza, intentaron apagar el incendio con baldazos de agua, porque no contaban con extintores. Cuando luego de algunos minutos abrieron la puerta, Correa, Parra y Molina habían muerto. Mota y Yáñez fueron trasladados a una clínica, que inicialmente se negó a recibirlos por una supuesta falta de convenio con el INAM. Murieron en la clínica poco tiempo después. Los cinco jóvenes, que habían ingresado al centro siendo menores de edad, murieron luego de cumplir dieciocho años.

Cuando ocurrió el incendio, la asistente social que trabajaba en el centro llamó a un servicio de emergencia y a los bomberos, que demoraron más de dieciocho minutos en llegar. La primera unidad de bomberos que llegó al centro no había trasladado el equipo adecuado para apagar el fuego. La siguiente unidad llegó más tarde. Ni el servicio de emergencia ni los bomberos actuaron de modo que el incendio pudiera ser combatido a tiempo.

Al día siguiente se iniciaron las investigaciones. Tres de los funcionarios del centro fueron imputados y luego, en septiembre de 2008, acusados formalmente de homicidio culposo. No obstante, la audiencia de juicio fue diferida más de sesenta veces, según pudo saber la Corte. De acuerdo con la información con que cuenta la Corte Interamericana, la causa no concluyó y se libró una orden de captura contra los funcionarios, que se dieron a la fuga.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República Bolivariana de Venezuela por las violaciones a los derechos a la vida, a la integridad personal y a los derechos del niño en perjuicio de José Gregorio Mota Abarullo, Gabriel de Jesús Yáñez Sánchez, Rafael Antonio Parra Herrera, Cristian Arnaldo Molina Córdova y Johan José Correa.

Determinó que el Estado venezolano es responsable por la violación de los arts. 4.1 (derecho a la vida); 5.1, 5.4, 5.5, 5.6 (derecho a la integridad personal, inclusive

respecto de los mandatos de separar a las personas condenadas de las procesadas y a los adultos de los menores de edad, así como sobre la finalidad de las penas de privación de libertad), y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los cinco jóvenes muertos.

Asimismo, determinó la responsabilidad del Estado por la violación de los arts. 5.1 (derecho a la integridad personal), 8.1 (derecho a las garantías judiciales) y 25.1 (derecho a la protección judicial), en perjuicio de los familiares de las cinco víctimas.

En todos los casos la Corte Interamericana determinó las violaciones de derechos referidas en relación con el artículo 1.1 de la Convención (obligación de respetar y garantizar los derechos).

1. Reconocimiento de responsabilidad internacional

El Estado reconoció su responsabilidad por la violación de las disposiciones antes indicadas en los términos y condiciones establecidos en el informe de fondo emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Venezuela se comprometió, además, a cumplir con las reparaciones integrales correspondientes.

La Corte Interamericana, en virtud del reconocimiento estatal, concluyó que había cesado la controversia sobre: a) los hechos del caso establecidos en el informe de fondo; b) las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal de los jóvenes que murieron, en relación con las obligaciones atinentes a los derechos del niño y de respetar y garantizar los derechos, y c) las violaciones a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de los familiares de las víctimas. El reconocimiento no abarcó en forma expresa la lesión a la integridad personal de los familiares.

La Corte Interamericana valoró el reconocimiento como una contribución positiva al desarrollo del proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención y a la satisfacción de las necesidades de reparación de las víctimas. Sin perjuicio de ello, estimó necesario determinar en su sentencia los hechos acaecidos, examinar las vulneraciones a los derechos humanos de las víctimas y pronunciarse sobre las reparaciones correspondientes.

2. Fondo

2.1. Derechos a la vida, a la integridad personal y derechos del niño

En primer lugar, la Corte Interamericana, en consideración de las pautas emanadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, determinó que, según el principio de especialización que debe regir el sistema de justicia para los niños y niñas, procede extender el régimen especial de menores a quienes cumplen dieciocho años de edad en establecimientos de detención como consecuencia de infracciones a la ley penal, incluso a aquellos que se encuentren privados de su libertad. Sobre esta premisa debe interpretarse la norma de separación de niños o niñas y personas adultas privadas de la libertad, que, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, “no significa que una persona internada en un centro para niños deba ser trasladada a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los dieciocho años, sino que debería poder permanecer en dicho centro si ello redundaría en su interés superior y no atenta contra el interés superior de los niños internados en el centro”. Ello no

obsta que las instituciones, a su vez, deben tomar todas las medidas de protección pertinentes, además de las relativas a la separación de los internos por categorías de edad y entre quienes están procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta. Por otra parte, la extensión del régimen especial procede a fin de que las medidas adoptadas respecto de menores de dieciocho años que hubieran infringido la ley penal cumplan la finalidad socio-educativa que les resulta propia. Tales medidas no pueden constituir un método estrictamente punitivo, sino que deben promover la reintegración de los niños o las niñas a la sociedad, habida cuenta del interés superior de los menores.

La Corte Interamericana determinó que, si bien las víctimas del presente caso habían cumplido la mayoría de edad en la fecha del incendio provocado en su celda, con motivo de que sus condenas de privación de la libertad habían sido consecuencia de infracciones a la ley penal cometidas cuando todavía eran menores de dieciocho años, correspondía examinar el caso a la luz de las medidas especiales de protección que deben ser garantizadas a los adolescentes, de conformidad con el art. 19 de la Convención Americana.

La Corte Interamericana recordó que las personas privadas de la libertad tienen derecho a vivir en condiciones compatibles con su dignidad personal. El Estado cumple un papel especial de garante de los derechos a la vida y a la integridad de las personas privadas de la libertad, precisamente porque ejerce sobre ellas un control de particular intensidad. Esta obligación se ve reforzada en casos de niños o niñas privados de su libertad, frente a quienes se deben adoptar medidas especiales y garantizar sus derechos con mayor cuidado y responsabilidad. Bajo esas pautas, la Corte analizó la responsabilidad estatal en el caso.

En primer término, advirtió que la población del centro vivía en situación de hacinamiento, lo que constituye una vulneración del derecho a la integridad personal. En segundo lugar, notó que por diversas circunstancias se habían incumplido mandatos convencionales y se habían generado situaciones de riesgo para los internos: las instalaciones eran precarias y no permitían la separación entre menores y mayores de dieciocho años ni entre personas procesadas y personas con condena. Las autoridades del centro no contaban con protocolos ni estrategias adecuadas para evitar conflictos, una situación de riesgo potenciada por los problemas estructurales del centro, que no contaba con planes de atención de emergencias, ni con medidas de prevención contra incendios. En tercer lugar, concluyó que las condiciones del centro no resultaban aptas para lograr el objetivo de reintegración de los internos; no solo porque los programas educativos se encontraban suspendidos, sino también por las condiciones de privación de la libertad que, por no ser adecuadas, eran contrarias a esa finalidad. Por último, la Corte Interamericana coligió que las insuficiencias del Centro se hicieron patentes en el incendio, y que su personal actuó en forma tardía y no logró dar asistencia oportuna a las víctimas. Además, la asistencia externa fue ineficaz.

Por lo anterior, y dado el reconocimiento estatal de responsabilidad, la Corte Interamericana declaró que el Estado vulneró los derechos a la vida, a la integridad personal y los derechos del niño de José Gregorio Mota Abarullo, Rafael Antonio

Parra Herrera, Johan José Correa, Gabriel de Jesús Yáñez Sánchez y Cristian Arnaldo Molina Córdova.

2.2. Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

La Corte Interamericana señaló que, en función de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, los Estados deben asegurar el acceso a la justicia y procurar, en tiempo razonable, que se tomen todas las medidas necesarias para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.

No obstante, en la investigación sobre los hechos del caso, iniciada al día siguiente del incendio, se cometieron actos negligentes y no se observó un plazo razonable. Aunque tres personas fueron imputadas, la audiencia de juicio fue diferida en múltiples ocasiones y el proceso, luego de más de 15 años, todavía no ha concluido.

Por ello, la Corte determinó la responsabilidad de Venezuela en la vulneración de los derechos señalados en perjuicio de los familiares de los jóvenes muertos.

2.3. Derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas muertas en el incendio

La Corte Interamericana señaló que la vulneración de la integridad personal de los familiares de las víctimas puede ser presumida cuando una persona muere con motivo de un incendio, como en este caso, además de que las declaraciones de los familiares evidenciaron la vulneración sufrida.

Por ende, la Corte determinó la responsabilidad de Venezuela por la violación a la integridad personal de los familiares de los cinco jóvenes muertos.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó a Venezuela cumplir las siguientes medidas de reparación: impulsar, continuar y concluir las investigaciones y/o procesos judiciales necesarios para determinar y, en su caso, juzgar y sancionar a las personas responsables; tomar las medidas que resulten necesarias para determinar las responsabilidades administrativas y/o disciplinarias correspondientes; brindar tratamiento psiquiátrico o psicológico a los familiares de las víctimas, si lo requieren; publicar la sentencia; implementar un protocolo para incendios o emergencias en centros de privación de libertad de adolescentes, y pagar las cantidades monetarias fijadas en la sentencia, en concepto de daño material e inmaterial, costas y gastos del proceso. 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, *Mota Abarullo y otros vs. Venezuela* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 18-11-2020, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_417_esp.pdf



Responsabilidad Internacional del Estado. Derecho a la vida. Derecho a la integridad personal. Prohibición de tortura, de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Obligación de respetar la dignidad de los detenidos. Derecho a la libertad y seguridad personal. Arbitrariedad de la detención. Protección judicial. Igualdad ante la ley. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los hermanos José Delfín y Ángel Acosta Martínez, de nacionalidad uruguaya y afrodescendientes, migraron a Argentina en 1982, donde fundaron el Grupo Cultural Afro, dedicado a la difusión de la cultura afro y a la lucha contra la discriminación racial.

El 5 de abril de 1996, José Delfín Acosta Martínez estaba en las inmediaciones de una discoteca en el centro de la Ciudad de Buenos Aires cuando llegaron al lugar dos patrulleros de la Policía Federal Argentina. En la discoteca, los policías interpellaron a Wagner Gonçalves Da Luz, un ciudadano brasileño afrodescendiente, y procedieron a requisarlo contra un patrullero tras informarle que habían recibido una denuncia anónima de que una persona armada estaba provocando disturbios en el lugar. El hermano de Gonçalves Da Luz, Marcelo, quiso intervenir para evitar que Wagner fuera detenido. Ambos fueron arrestados y trasladados en un patrullero. José Delfín Acosta Martínez, que protestó por la detención de los hermanos Gonçalves Da Luz y manifestó que sólo los arrestaban por ser negros, también fue detenido y trasladado. Durante las detenciones, los policías comprobaron que ninguno de los detenidos portaba armas. También constataron que no existían órdenes de captura en su contra. No obstante, los tres fueron trasladados a la Comisaría 5° de la Policía Federal.

En el registro de ingreso se consignó como motivo de detención de José Delfín Acosta Martínez la aplicación del Edicto Policial sobre Ebriedad que penaba con multa o arresto a quienes estuvieran en completo estado de ebriedad o bajo la influencia de alcaloides o narcóticos. Cuando fue detenido, José Delfín Acosta Martínez sufrió una serie de lesiones y perdió el conocimiento, por lo que se llamó a una ambulancia. El médico del servicio de emergencias decidió trasladarlo a un centro médico, pero Acosta Martínez sufrió de un paro cardiorrespiratorio y murió en la ambulancia.

Durante el reconocimiento del cadáver de su hermano, Ángel Acosta Martínez advirtió que el cuerpo presentaba numerosos golpes. Sin embargo, los peritajes médicos no resultaron concluyentes acerca del origen de las lesiones, como tampoco respecto de la cantidad de alcohol y cocaína en sangre, ni del estado en que se encontraba Acosta Martínez cuando fue arrestado.

En 2014 se solicitó a la Procuraduría Especializada contra la Violencia Interinstitucional (PROCUVIN) una investigación sobre los hechos del caso. La Procuraduría, a su vez, solicitó un informe a la Dirección General de Investigación y

Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal (DATIP), que fue presentado en junio de 2015. El informe determinó que José Delfín Acosta Martínez presentaba numerosas lesiones que no se correspondían con los patrones habituales que presentan las autolesiones, y que algunas de ellas habían sido consecuencia de la actuación policial mientras estuvo en custodia, como las lesiones de sujeción en ambas muñecas. También determinó que el análisis extemporáneo permitía inferir un nexo de concausalidad entre las múltiples lesiones observadas, la intoxicación por alcohol y cocaína y la muerte de José Delfín Acosta Martínez.

Inmediatamente después de la muerte de Acosta Martínez, en 1996, se inició una instrucción judicial de oficio. Sin embargo, en abril del mismo año, el juez resolvió archivar el sumario por entender que no había existido delito. Luego de la autopsia que fue llevada a cabo en Uruguay, la parte querellante solicitó la reapertura de la instrucción, dispuesta el 12 de mayo de 1998. En el marco de la reapertura se ordenaron nuevos peritajes y se recibieron nuevas declaraciones. En agosto de 1999, el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción 10 dispuso el archivo de las actuaciones. Indicó entonces que no había habido delito alguno, y que la muerte de Acosta Martínez había sido producto de los efectos del alcohol y las drogas, sumado a las lesiones autoimpuestas. La parte querellante interpuso varios recursos contra el archivo de la causa que fueron desestimados. Además, los familiares de Acosta Martínez denunciaron que durante el proceso de investigación fueron víctimas de intimidaciones y amenazas.

Finalmente, en marzo de 2019, la causa fue nuevamente desarchivada y asignada a la PROCUVIN.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por las violaciones de diversos derechos en perjuicio de José Delfín Acosta Martínez y sus familiares: su madre, Blanca Rosa Martínez, y su hermano, Ángel Acosta Martínez. En particular, la Corte Interamericana consideró que la privación de libertad a la que fue sometido José Delfín Acosta Martínez fue ilegal, arbitraria y discriminatoria, ya que se basó en el uso de estereotipos raciales y en una legislación que no cumplía con los estándares convencionales. Además, declaró la responsabilidad del Estado por la afectación a la integridad personal y posterior muerte de José Delfín Acosta Martínez mientras estaba bajo custodia de autoridades estatales. La Corte Interamericana afirmó que hubo una investigación indebida de los hechos y que se afectó la integridad personal de los familiares de José Delfín Acosta Martínez. En consecuencia, concluyó que el Estado era responsable por la violación de los arts. 4.1 (derecho a la vida), 5.1 (derecho a la integridad personal), 5.2 (prohibición de torturas, penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes), 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4 (todos relativos al derecho a la libertad personal) y 24 (igualdad ante la ley) 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 José Delfín Acosta Martínez, así como por la violación de los arts. 8.1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Ángel Acosta Martínez y Blanca Rosa Martínez.

1. Reconocimiento de responsabilidad internacional

El Estado argentino, durante la audiencia pública, hizo un reconocimiento total de los hechos y las violaciones reportadas en el Informe de Fondo 146/18 de la Comisión Interamericana. El reconocimiento fue reiterado en los alegatos finales, oportunidad en que se solicitó a la Corte interamericana que estableciera las medidas necesarias para reparar de manera integral las violaciones de derechos humanos cometidas.

En virtud de este reconocimiento, la Corte Interamericana consideró que había cesado la controversia respecto de: a) la vulneración al derecho a la libertad personal de José Delfín Acosta Martínez (art. 7.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1); b) la ilegalidad y arbitrariedad del arresto y la detención de Acosta Martínez (arts. 7.2 y 7.3 de la Convención Americana) en el marco de un contexto de discriminación racial (arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana), en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la Convención Americana); c) la falta de información sobre las razones de la detención, en perjuicio de Acosta Martínez (art. 7.4 de la Convención Americana); d) la circunstancia de su muerte en la comisaría, que vulneró su derecho a la vida (art. 4.1 de la Convención Americana) y a la integridad personal (arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana).

Además, estimó que había cesado la controversia sobre: a) la vulneración a la integridad personal (art. 5.1 de la Convención Americana), en perjuicio de los familiares por los efectos que produjo la muerte de José Delfín Acosta Martínez, y b) la vulneración a las garantías judiciales (art. 8 de la Convención Americana) y a la protección judicial (art. 25.1 de la Convención Americana), en perjuicio de los familiares de José Delfín Acosta Martínez.

2. Fondo

La Corte Interamericana consideró que, a pesar del reconocimiento total de responsabilidad del Estado en relación con las determinaciones de la Comisión en su informe de fondo, era necesario precisar los alcances de la responsabilidad estatal en relación con la ilegalidad y la arbitrariedad de la privación de libertad de José Delfín Acosta Martínez, con el fin de desarrollar la jurisprudencia en la materia y de procurar la correspondiente tutela de derechos humanos de las víctimas.

De acuerdo con la versión policial, el arresto y la detención de José Delfín Acosta Martínez se realizó en aplicación del Edicto Policial sobre Ebriedad. La Corte Interamericana analizó la norma de acuerdo con los requisitos establecidos por el art. 7.2 de la Convención Americana. El artículo garantiza que únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Esta reserva de ley implica, a la vez, una garantía formal, en el sentido de que toda restricción debe emanar de una norma jurídica de carácter general que proceda de los órganos legislativos constitucionalmente previstos, y una garantía material, a saber, el respeto del principio de tipicidad. Respecto de la segunda garantía, la Corte Interamericana ha determinado la necesidad de certeza, es decir, que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben de estar delimitados de la forma más clara y precisa que sea posible. En este

caso, consideró que el Edicto de Ebriedad y otras Intoxicaciones, al señalar como sancionable el “completo estado de ebriedad”, empleó una redacción ambigua e indeterminada que permitió un margen amplio de discrecionalidad para su aplicación. Asimismo, subrayó que la sanción de la mera ebriedad, sin referencias al modo en que podría afectar o poner en peligro al infractor o a terceros, trasciende los límites del *ius puniendi* estatal, por lo que resulta contraria a la Convención Americana. La Corte Interamericana subrayó que lo anterior no es óbice para que, bajo ciertos supuestos, el consumo de alcohol o de otras sustancias psicoactivas pueda ser sancionado cuando vaya asociado a conductas que puedan afectar los derechos de terceros o poner en peligro o lesionar bienes jurídicos individuales o colectivos. De esta forma, la Corte Interamericana consideró que, por haber aplicado el edicto, el Estado había violado los arts. 7.1 y 7.2 de la Convención Americana en relación con sus arts. 1.1 y 2.

La Corte Interamericana advirtió que la detención y muerte de José Delfín Acosta Martínez ocurrieron en un contexto general de discriminación racial, violencia policial y uso de perfiles raciales en Argentina. Consideró que el arresto y la detención no solamente fueron ilegales, sino también arbitrarios, y que, en efecto, la actuación de la policía estuvo motivada más por un perfil racial que por la sospecha de la comisión de un ilícito. Las únicas personas interpelladas y arrestadas a la salida de la discoteca eran afrodescendientes, a pesar de que no contaban con antecedentes ni portaban armas. El carácter amplio de la normativa de los edictos policiales les permitió a las fuerzas policiales justificar su intervención y darle una apariencia de legalidad. El arresto y detención de Acosta Martínez basados en perfiles raciales, fueron discriminatorios y, por consiguiente, arbitrarios. La Corte Interamericana concluyó que hubo una violación de lo dispuesto en los arts. 7.1, 7.3 y 24 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de José Delfín Acosta Martínez.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que su sentencia es, en sí misma, una forma de reparación. Además, ordenó las siguientes medidas de reparación integral: a) obligación de investigar: continuar las investigaciones necesarias en el marco del expediente 22.190/1996 para determinar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de los hechos en perjuicio de Acosta Martínez, así como establecer la verdad sobre lo ocurrido, tomando en especial consideración el contexto de violencia policial por racismo y discriminación; b) satisfacción: publicar la sentencia; c) garantías de no repetición: incluir en el curso de formación regular de la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina capacitaciones sobre el carácter discriminatorio de los estereotipos de raza, color, nacionalidad u origen étnico, así como del uso de perfiles raciales en el ejercicio de las facultades policiales, instruir acerca de su impacto negativo sobre las personas afrodescendientes, e implementar un mecanismo de registro de las denuncias por detenciones arbitrarias basadas en perfiles raciales, además de un sistema de registro y estadísticas de la población afrodescendiente en el país; d) indemnizaciones compensatorias: pagar las sumas

monetarias fijadas en la sentencia derivadas del daño material e inmaterial, costas y gastos. Finalmente, se ordenó el reintegro de los gastos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado cumpla con lo ordenado.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *José Delfín Acosta Martínez y otros vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31-8-2020, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_410_esp.pdf



Responsabilidad Internacional del Estado. Garantías Judiciales. Derecho a la igualdad ante la ley. Derecho a la protección judicial. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en junio de 1978, durante la dictadura en Argentina, Rufino Jorge Almeida y su esposa Claudia Graciela Esteves fueron secuestrados por integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad argentinas. Permanecieron 54 días en calidad de detenidos-desaparecidos en el campo clandestino de detención conocido como “El Banco”, donde fueron torturados. Los liberaron en julio del mismo año, sin embargo, Almeida fue sometido *de facto* a un régimen de libertad vigilada. Hasta el 30 de abril de 1983 recibió llamadas de control y visitas de guardias del campo de detención.

Con el advenimiento de la democracia, el Estado argentino estableció una serie de medidas de reparación para las víctimas de la dictadura. El 27 de noviembre de 1991 se aprobó la Ley 24 043, por la que se otorgaron beneficios a las personas que hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo nacional durante la vigencia del estado de sitio o que, como civiles, hubieran sido detenidos por disposición de tribunales militares.

En febrero de 1995, Almeida solicitó los beneficios previstos por la ley 24 043. Por medio de la Resolución 2638/96, el ministro del Interior le reconoció el derecho a una indemnización por los cincuenta y cuatro días de detención ilegal, pero no tuvo en cuenta los días en que estuvo bajo régimen de libertad vigilada *de facto*, por lo que Almeida recurrió la decisión.

En marzo de 1999 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo decidido. Consideró que, a los efectos de la indemnización, únicamente debían tomarse en cuenta los regímenes de libertad vigilada ordenados expresamente por una autoridad, mas no los *de facto*.

Almeida presentó un recurso extraordinario. Solicitó una interpretación más amplia del régimen de libertad vigilada, como el que había seguido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Noro (1997). El recurso le fue denegado. Un recurso de queja posterior fue declarado inadmisibile.

En noviembre de 2003, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal emitió una sentencia en el caso Robasto, en la que se reconoció la indemnización a una persona que había estado bajo un régimen de libertad vigilada *de facto*. Con vistas al cambio de criterio de la Cámara, Almeida presentó ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos un recurso de revocatoria, que fue rechazado por aplicación de la cosa juzgada. Un recurso de reconsideración posterior también fue rechazado por el Ministerio.

En cuanto a Claudia Graciela Esteves, cuya situación fáctica era idéntica, en un primer momento, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos le reconoció una indemnización por cincuenta y siete días. Ante una nueva solicitud presentada en 2014, se le reconoció el beneficio por un total de 1709 días indemnizables, por lo que se tomaron en cuenta los días en que estuvo sometida al régimen de libertad vigilada *de facto*.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de Rufino Jorge Almeida. Consideró que la falta de indemnización por el tiempo que permaneció bajo un régimen similar al de la libertad vigilada durante la dictadura, de acuerdo con de la Ley 24 043, vulneró los derechos a contar con una motivación adecuada, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial. La Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación de los arts. 8.1, 24 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Rufino Jorge Almeida.

1. Reconocimiento de responsabilidad internacional

El Estado aceptó las conclusiones del Informe de Fondo de la Comisión. Reconoció la excepcionalidad del caso, así como la identidad de fechas, circunstancias y hechos que caracterizaron la situación del recurrente y la de su pareja, que sí fue beneficiaria de la indemnización contemplada por la Ley 24 043, así como la claridad del relato respecto de la situación de libertad vigilada a la que estuvo sometido. Con respecto a las reparaciones, aceptó las medidas pecuniarias, mas consideró que no era necesario ordenar las medidas de reparación solicitadas, dado que tanto la Justicia como la Administración han establecido una interpretación amplia de la libertad vigilada.

La Corte Interamericana estimó que el reconocimiento total de la responsabilidad internacional constituía una contribución positiva al desarrollo del caso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana, así como a las necesidades de reparación de las víctimas. Afirmó que el reconocimiento por parte del Estado produce efectos jurídicos plenos, de acuerdo con los arts. 62 y 64 del Reglamento de la Corte, y tiene un gran valor simbólico a fin de que no se repitan hechos similares.

En virtud del amplio reconocimiento del Estado argentino, la Corte Interamericana consideró finalizada la controversia respecto de los hechos y del fondo, y solo vigente la controversia respecto de las medidas de reparación no pecuniarias.

2. Fondo

La Corte Interamericana no consideró necesario discutir de forma detallada sobre el objeto del litigio, debido al amplio reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado argentino, y a que las pretensiones de derechos alegadas y reconocidas en el presente caso ya habían sido objeto de desarrollo jurisprudencial en los tribunales nacionales.

De esta forma, el Estado reconoció que Almeida no tuvo acceso a un recurso o proceso efectivo que aplicara a su caso los nuevos criterios interpretativos de la Ley 24 043, a fin de reparar la desigualdad a la que había sido sometido por no haberse tomado en consideración el tiempo en que estuvo bajo libertad vigilada *de facto*.

En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado es responsable de la violación a los arts. 8.1, 24, 25.1 en relación con sus arts. 1.1. y 2, en perjuicio de Almeida.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que su sentencia constituye, en sí misma, una forma de reparación. Asimismo, ordenó las siguientes medidas de reparación integral: a) dado que ya han transcurrido más de veinticinco años desde que Almeida presentó su reclamo inicial, y que intentó diversas vías administrativas y judiciales para que su solicitud de indemnización fuera reconsiderada, la Corte Interamericana ordenó el pago de la suma de US\$ 125 000 en concepto de indemnización por el tiempo que permaneció en un régimen de libertad vigilada *de facto*; b) publicar la sentencia; c) revisar, en sede administrativa, la situación de las personas que se encuentren en la misma situación que Almeida y que así lo soliciten, a la luz de los criterios jurisprudenciales desarrollados a partir de los casos Noro y Robasto. Para ello, el Estado deberá publicar la medida para ponerla en conocimiento de las personas potencialmente interesadas, y d) pagar las sumas monetarias fijadas en la sentencia en los conceptos relativos al daño material e inmaterial, así como las costas y gastos.

La Corte Interamericana 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, *Rufino Jorge Almeida vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 17-11-2020, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_416_esp.pdf



Responsabilidad Internacional del Estado. Garantías judiciales. Derecho a ser oído. Plazo razonable. Derechos políticos. Acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Protección judicial. Derecho a recurrir. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: de acuerdo con la Constitución de Colombia, la Fiscalía General de la Nación, organizada jerárquicamente y con autonomía funcional, forma parte del Poder Judicial. Si bien el mérito y la carrera administrativa son los principios que rigen la provisión de empleos en esa entidad, también está prevista la posibilidad de realizar nombramientos provisorios respecto de los cargos de carrera, a fin de garantizar la prestación del servicio público de administración de justicia mientras se tramita el concurso para acceder al cargo. Según sostuvo el Estado, el nombramiento y la desvinculación de los fiscales nombrados de modo provisorio están condicionados a razones de buen servicio. En la práctica, los funcionarios pueden ser removidos por una simple declaratoria de insubsistencia que no requiere motivación.

El 12 de marzo de 1992 Yenina Esther Martínez Esquivia fue nombrada de modo provisorio como jueza trece de Instrucción Criminal de Mompóx. El 1 de julio de 1992 se incorporó al cargo de fiscal seccional grado 18, por medio de una resolución que no indicó ni el tipo de nombramiento ni sus condiciones. El 29 de octubre de 2004 el fiscal general de la Nación emitió una resolución que declaraba insubsistente el nombramiento de Martínez Esquivia, y en ella no se consignó ninguna motivación. Por lo tanto, estuvo más de 12 años nombrada de modo provisorio.

Frente a la insubsistencia de su nombramiento, Martínez Esquivia interpuso recursos en sede constitucional, laboral y contencioso administrativa. Presentó una primera acción de tutela que fue denegada por la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por considerar que la tutela no era el recurso idóneo para declarar la nulidad de un acto administrativo que gozaba de presunción de legalidad. El fallo fue confirmado por la Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional no lo seleccionó para una eventual revisión.

Posteriormente, Martínez Esquivia presentó una segunda acción de tutela a la que hizo lugar la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar. Sin embargo, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura la revocó considerando que los mismos hechos y pretensiones ya habían sido objeto de una acción de tutela. Este fallo tampoco fue elegido para ser revisado por la Corte Constitucional.

Paralelamente, Martínez Esquivia presentó una demanda especial de fuero sindical, que le fue denegada. La resolución de la apelación en esta vía tardó casi cuatro años en ser resuelta. Asimismo, presentó una acción de nulidad y restablecimiento de derecho, sin embargo, el Tribunal Administrativo de Bolívar rechazó la acción por extemporánea.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de la República de Colombia por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de Yenina Esther Martínez Esquivia. En particular, consideró que la desvinculación de Martínez Esquivia de su cargo de fiscal delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena violó la garantía de estabilidad que se le debe reconocer a los fiscales como operadores de la Justicia. Además, concluyó que su desvinculación supuso una violación del derecho a permanecer en el cargo en condiciones generales de igualdad. Consideró que el Estado violó el derecho a la protección judicial porque en ninguna de las vías intentadas contó con un recurso efectivo para impugnar la decisión que la cesó de su cargo. Finalmente, consideró que el Estado violó la garantía del plazo razonable por haber tardado casi cuatro años en resolver un recurso de apelación en la vía laboral. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación de los arts. 8.1 (garantías judiciales), 23.1. c) (derechos políticos, acceso a las funciones públicas) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en perjuicio de Yenina Esther Martínez Esquivia.

1. Excepciones preliminares y cuestión previa

El Estado alegó dos excepciones preliminares y una cuestión previa.

Como cuestión previa, el Estado argumentó que la caracterización del litigio por parte de la Comisión en el escrito de sometimiento, según la cual el presente caso se enmarcaba dentro de un proceso materialmente sancionador, era un argumento nuevo que no había sido discutido en la etapa ante la Comisión, lo que vulneraba el derecho a la defensa del Estado. La Corte consideró irrelevante la calificación hecha por la Comisión, tomando en cuenta el contenido del informe de fondo, en el cual se examinaban de forma amplia las garantías judiciales aplicables a procesos sancionatorios, por lo que rechazó realizar un control de legalidad de los actos de la Comisión debido a que no se afectó el derecho de defensa del Estado.

Respecto de la excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos, la Corte Interamericana tomó en cuenta que el Estado, en varios de sus escritos en la etapa de admisibilidad, afirmó que la peticionaria había agotado los recursos internos. Asimismo, no argumentó esta excepción en el último escrito presentado ante la Comisión durante esa etapa procesal, por lo que se consideró que el Estado renunció a presentarla ante la Corte.

Asimismo, la Corte Interamericana no hizo lugar a la excepción de “cuarta instancia”, ya que no guarda correspondencia con las violaciones de derechos convencionales sometidas a su competencia, pues la Comisión no solicitó que actuara como una instancia de revisión de las decisiones judiciales adoptadas en el ámbito interno, ni que examinara la valoración de la prueba realizada por los jueces nacionales.

2. Fondo

2.1. Violación de las garantías judiciales, protección judicial, principio de legalidad y derechos políticos

La Corte recordó que los jueces cuentan con garantías específicas para asegurar su independencia. Entre ellas, las garantías a un proceso de nombramiento

adecuado, a la inamovilidad en el cargo y a la protección contra presiones externas. Estas garantías también amparan la labor de las y los fiscales ya que, de lo contrario, se pondrían en riesgo la independencia y la objetividad que les son exigibles en su función, principios dirigidos a asegurar que las investigaciones y las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales se dirijan exclusivamente a hacer Justicia en el caso concreto. De esta forma, precisó que la falta de garantía de inamovilidad de las y los fiscales, en tanto los pone en una situación de vulnerabilidad frente a posibles represalias por las decisiones que asuman, supone una violación a la independencia que garantiza el art. 8.1 de la Convención Americana.

Así, la garantía de estabilidad de las y los fiscales, en aplicación equivalente de los mecanismos de protección reconocidos a los jueces, supone: que la separación del cargo debe obedecer exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; que las y los fiscales solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y que todo proceso contra ellos se resuelva mediante procedimientos justos, objetivos e imparciales según la Constitución o la ley, pues la libre remoción de sus cargos fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva ejercer funciones sin temor a represalias.

Con respecto a los nombramientos provisorios, la Corte observó que la provisionalidad no debe suponer ninguna alteración del régimen de garantías para el buen desempeño de la función y la salvaguarda de los propios justiciables. En todo caso, la provisionalidad no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria. De esta forma, la separación del cargo de un fiscal provisional debe responder a las causales legalmente previstas, sea el acacimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público de oposición a partir del cual se nombre o designe al reemplazante del fiscal provisional con carácter permanente, o por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión.

La Corte Interamericana consideró que la falta de determinación de la designación de Martínez Esquivia, al no establecer ningún tipo de condición resolutoria, la puso en una posición de inestabilidad en la función. Asimismo, con respecto a la desvinculación de su cargo, se estableció que solo podía proceder mediante un acto administrativo debidamente motivado, pues la decisión correspondía a la determinación de sus derechos en relación con la permanencia en el cargo que ocupaba, por lo que resulta violatoria del art. 8.1 de la Convención.

Por otra parte, la desvinculación de Martínez Esquivia se fundamentó, según el Estado, en necesidades de buen servicio. Sobre este particular, la Corte Interamericana sostuvo que los Estados deben gozar de prerrogativas con el fin de adaptar el régimen de los funcionarios a las necesidades de un buen servicio, para responder a los principios constitucionales de eficacia y eficiencia. Sin embargo, el parámetro de buen servicio resulta particularmente indeterminado a fin de justificar la terminación de un nombramiento provisorio que debería contar con ciertas

garantías de estabilidad. Por consiguiente, la justificación de las necesidades de buen servicio no otorgó un grado de previsibilidad suficiente para ser considerada una condición resolutoria. De esta forma, la Corte consideró que la discrecionalidad no fundamentada transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario que, por afectar indebidamente su derecho a la estabilidad en el cargo, vulneró el deber de motivación. Este cese arbitrario afectó, además, el derecho de Martínez Esquivia a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad, en violación del art. 23.1.c) de la Convención Americana.

Con respecto al principio de legalidad previsto en el art. 9 de la Convención Americana, la Corte consideró que no existían suficientes elementos probatorios para considerar que el procedimiento de desvinculación se debió a razones disciplinarias, por lo que no analizó las alegadas violaciones a este principio.

2.2. Derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales

La Corte Interamericana consideró que Martínez Esquivia no obtuvo un pronunciamiento de fondo en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la protección y a las garantías judiciales, debido a que la demanda fue presentada de manera extemporánea. De esta forma, sobre este extremo, determinó que no existió responsabilidad del Estado. Por otra parte, la Corte Interamericana consideró que, al momento de los hechos, la acción de nulidad no era un recurso idóneo y adecuado para alegar la falta de motivación del acto de desvinculación, por lo tanto, para obtener esta protección se podía acudir ante el juez constitucional. Sin embargo, la acción de tutela no resultó tampoco un recurso eficaz para proteger la garantía de estabilidad, por lo que la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales.

La Corte Interamericana también concluyó que el Estado violó la garantía al plazo razonable por tardar casi cuatro años en resolver el recurso de apelación planteado por Martínez Esquivia en sede laboral.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que su sentencia constituía, en sí misma, una forma de reparación. Asimismo, ordenó las siguientes medidas de reparación integral: a) medidas de restitución: el Estado deberá cubrir los aportes a la pensión de Martínez Esquivia desde el momento de su desvinculación hasta el momento en que hubiese tenido el derecho de acogerse a ella, de no haber sido desvinculada; b) satisfacción: publicar la sentencia; c) garantías de no repetición: adecuar la normativa interna con los estándares desarrollados en la sentencia en relación con la estabilidad de las y los fiscales designados de modo provisorio, en lo que respecta a su nombramiento y desvinculación; d) indemnizaciones compensatorias: pagar las sumas monetarias fijadas en concepto de daño material e inmaterial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos 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, *Martínez Esquivia vs. Colombia* (excepciones preliminares, fondo y reparaciones), sentencia de 6-10-2020, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_412_esp.pdf



Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Interpretación de sentencia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en febrero de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, notificada a las partes y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los representantes de las víctimas —la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)— presentaron una solicitud de interpretación relacionada con el alcance de lo dispuesto en el punto resolutivo 15 de la sentencia, que ordenó al Estado adoptar medidas legislativas y/o de otro carácter para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena.

Los representantes solicitaron una aclaración sobre la disposición reparatoria que indicaba la adopción de “medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena”. Consultaron si lo ordenado debía incluir específicamente el derecho de consulta a los pueblos indígenas, y señalaron que el pedido tenía el objetivo de evitar interpretaciones diversas sobre las obligaciones del Estado. Sostuvieron que el derecho a la consulta de las comunidades indígenas tenía “una importancia medular para la protección del derecho de propiedad indígena, así como el de sus restantes derechos”. Advirtieron que la Corte Interamericana había determinado la vulneración del derecho a la propiedad y a la consulta de las comunidades indígenas víctimas. Pero entendieron que las medidas legislativas y/o de otro carácter ordenadas para garantizar el derecho de propiedad debían “contener un apartado específico sobre el derecho a la consulta”, pues el primer derecho no puede garantizarse sin el segundo. Además, señalaron que solicitaban la aclaración dado que este asunto formaba parte del debate en el marco del proceso principal, y que, si bien en la sentencia se lo tuvo en consideración, no hubo una manifestación expresa al respecto.

La Corte Interamericana transmitió la solicitud de interpretación a la República Argentina y a la Comisión Interamericana.

El Estado sostuvo que no estaba en discusión que la República Argentina tiene la obligación de garantizar el derecho de consulta de las comunidades indígenas, a tenor de los compromisos aplicables del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, señaló que la Corte Interamericana no había incluido el deber del Estado argentino de legislar el derecho de consulta en términos generales,

de modo que la pretensión de la representación de las víctimas excedía el margen de interpretación de la sentencia, y buscaba reeditar el debate a los fines de ampliar las reparaciones ya dispuestas, por eso entendió improcedente la solicitud de interpretación formulada.

Por su parte, la Comisión coincidió con los representantes en la pertinencia de clarificar los alcances de la reparación ordenada a efectos de ofrecer mayor seguridad y facilitar su cumplimiento.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por unanimidad, declaró admisible la solicitud de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, presentada por los representantes de las víctimas.

Por vía de interpretación, concluyó que lo ordenado en el punto resolutive 15 de aquella sentencia —en el sentido de que las medidas legislativas y/o de otro carácter que adopte el Estado para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena— debían incluir, entre los distintos aspectos que comprende este derecho, la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, de acuerdo con las consideraciones efectuadas en la sentencia de interpretación.

1. Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 67 de la Convención Americana, la Corte Interamericana es competente para interpretar sus propios fallos. Para realizar el examen de las solicitudes de interpretación y resolver lo que a este respecto corresponda, la Corte Interamericana debe tener, de ser posible, la misma composición que al dictar la sentencia respectiva, de acuerdo con el art. 68.3 del Reglamento. En esta ocasión, la Corte estuvo integrada por los mismos jueces que dictaron la sentencia cuya interpretación había sido solicitada.

2. Admisibilidad

La Corte Interamericana admitió la solicitud de interpretación en lo que se refiere al plazo de su presentación. Constató que los representantes interpusieron la solicitud dentro del plazo de 90 días establecido en el art. 67 de la Convención. Al respecto, aclaró que, cuando la sentencia fue notificada, se encontraba en curso una suspensión de términos procesales que había comenzado a regir el 17 de marzo de 2020, de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo 1/20 de la Corte. Dicha suspensión de términos, motivada por la pandemia de COVID-19, fue luego prorrogada hasta el 20 de mayo de 2020, por el Acuerdo 2/20 de la Corte.

3. Análisis de la procedencia de la solicitud de interpretación

La Corte Interamericana analizó la solicitud de los representantes para determinar si, de acuerdo a la normativa y a los estándares desarrollados en su jurisprudencia, procedía aclarar el sentido o alcance de algún punto de la sentencia.

Señaló que es criterio sentado que una solicitud de interpretación de sentencia no puede usarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. La solicitud tiene como objeto, exclusivamente,

determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto, en cuanto a sus puntos resolutivos o sus consideraciones, carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan la parte resolutive. Por lo tanto, no se puede solicitar la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación.

Además, ha sostenido en su jurisprudencia la improcedencia de utilizar una solicitud de interpretación para revisar cuestiones de hecho y de derecho que ya fueron planteadas en su oportunidad procesal y sobre las cuales la Corte ya adoptó una decisión, así como para pretender que la Corte valore nuevamente cuestiones que ya han sido resueltas en la sentencia. Tampoco resulta admisible por esta vía pretender una ampliación del alcance de la medida de reparación ordenada oportunamente.

La Corte Interamericana entendió que la solicitud de interpretación intentada era procedente.

4. Consideraciones

4.1. La Corte Interamericana recordó que la sentencia cuya aclaración se pidió había determinado la vulneración del derecho de propiedad comunitaria indígena en dos aspectos. El primero, por la falta de titulación adecuada, por la falta de demarcación de la propiedad, por la permanencia de terceros en el terreno y por la ausencia de una normativa adecuada para garantizar de forma suficiente el derecho a la propiedad comunitaria. El segundo, por el incumplimiento de Argentina en “su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas”, en relación con la construcción de un puente internacional. Luego, entre las distintas medidas de reparación que ordenó, estableció, en el punto resolutive 15, el deber del Estado de adoptar “las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena”.

4.2. La orden de adoptar medidas legislativas y/o de otro carácter

La Corte Interamericana había advertido que, por problemas normativos, las comunidades indígenas implicadas en el caso no habían contado con una tutela efectiva de su derecho de propiedad. Esos problemas normativos consistían en la falta de aptitud del régimen legal para tratar en forma adecuada y suficiente la cuestión de la propiedad indígena, que se infería de la propia normativa nacional posterior a la reforma constitucional de 1994, en particular, respecto de procedimientos de reclamación de la propiedad indígena. Por ello, la Corte había determinado una vulneración al derecho a la propiedad comunitaria indígena, en relación no sólo con las obligaciones de respeto y garantía establecidas en el art. 1.1 de la Convención Americana, sino también en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, estatuido en el art. 2 del mismo tratado.

Por eso, al fijar las medidas de reparación correspondientes, la Corte Interamericana había ordenado la adopción de medidas legislativas y/o de otro carácter y recordó que las regulaciones normativas existentes no eran “suficientes para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin”. En tal sentido, en el punto

resolutivo 15, la sentencia dispuso: “El Estado, en un plazo razonable, adoptará las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena”. Esa medida tuvo por objeto reparar la insuficiencia del derecho interno en relación con el derecho de propiedad comunitaria indígena, respecto de los medios para poder reclamar la propiedad comunitaria indígena y su reconocimiento.

Desde luego, la orden no podría cumplirse en forma adecuada si se concretara en un modo incompatible con el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a participar de consultas previas adecuadas, libres e informadas, o bien que no lo reconozca. Ello, pues asegurar la participación efectiva de pueblos o comunidades indígenas con respecto a actos susceptibles de afectar sus territorios, incluso mediante la realización de procedimientos adecuados de consulta, es un elemento necesario para la garantía del derecho de propiedad comunitaria indígena.

Lo dicho resulta de los términos de la sentencia, cuyo párrafo 354, al dirigir la orden al Estado para que “en un plazo razonable, adopte las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para [...] dotar de seguridad jurídica al derecho humano de propiedad comunitaria indígena”, indicó que ello debía efectuarse de conformidad “a las pautas indicadas en la [...] sentencia”, y remitió en forma expresa a sus párrafos 93 a 98, 115 y 116. De acuerdo con el párrafo 98 de la sentencia, la Corte Interamericana advirtió que los Estados debían abstenerse de realizar actos que “afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de [los] territorio[s] indígenas” y “garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales [...] sin ningún tipo de interferencia externa de terceros”. Por su parte, el párrafo 94 de la sentencia indicó que las actividades llevadas a cabo por el Estado o terceros que puedan “afectar la integridad de las tierras y recursos naturales” deben seguir ciertas pautas que el Estado debe garantizar: la participación efectiva de las comunidades afectadas, su beneficio en términos razonables y la previa realización de estudios de impactos sociales y ambientales.

Más adelante, la sentencia dejó claro que “asegurar la participación efectiva” de los pueblos o comunidades indígenas, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, requiere que el Estado, en las circunstancias correspondiente, realice consultas, de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, con el fin llegar a acuerdos. Por el incumplimiento de este deber, en relación con la construcción de un puente internacional, la Corte Interamericana determinó que el Estado no había observado el proceso de consulta previa, libre e informada, por lo que se vieron vulnerados los derechos a la propiedad comunitaria indígena y a la participación de las comunidades víctimas. Según lo expresado por la Corte, corresponde tener en cuenta las consideraciones aludidas pues es procedente realizar una lectura integral de la sentencia y no considerar cada párrafo como si fuese independiente del resto.

Las pautas a que remite el párrafo 354 del fallo incluyen la participación efectiva de las comunidades indígenas respecto a la realización de actividades que puedan afectar

la integridad de las tierras y recursos naturales, lo que conlleva, en las circunstancias pertinentes, la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas.

Por lo dicho, las medidas legislativas y/o de otro carácter que el Estado debe adoptar, de acuerdo con el punto resolutivo 15 de la sentencia, deben ser aptas para posibilitar los medios adecuados de reclamación y reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, en una forma que dote de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria en sus diversos elementos, entre ellos, la participación y realización de consultas, en los términos antes expresados.

4.2. Conclusión

Por lo dicho, la Corte Interamericana precisó que las medidas que debe adoptar el Estado, en los términos ordenados por el punto resolutivo 15 y el párrafo 354 de la sentencia, deben ser aptas para posibilitar medios adecuados de reclamación y reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, en una forma que dote de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria, considerando los diversos aspectos que integran ese derecho, y de los que la sentencia da cuenta, de acuerdo con sus párrafos 93 a 98, 115 y 116, entre ellos, la “garantía de la participación efectiva” de comunidades indígenas, mediante la consulta previa, libre e informada, de conformidad con las consideraciones efectuadas en la sentencia de interpretación.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Interpretación de la sentencia en el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas), sentencia del 24-11-2020, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_420_esp.pdf



Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión consultiva. Obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Solicitud de Opinión consultiva: el Estado de Colombia formuló algunas preguntas sobre las obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de los Estados Americanos.

Para un ejercicio más eficaz de su función consultiva, la Corte Interamericana reformuló, a partir de las disposiciones jurídicas relevantes, las preguntas que se encontraban dentro de su competencia consultiva. Tuvo en cuenta los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana, por medio de la cual se adoptó la Declaración Americana y los seis párrafos no numerados de su preámbulo, los párrafos primero a quinto no numerados del preámbulo, y los arts. 3.1, 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta

de la OEA, así como los cinco párrafos no numerados del preámbulo, y los arts. 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 y de la Convención Americana:

¿Cuáles son las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que subsisten para un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Si un Estado que no es parte de la Convención Americana denuncia la Carta de la Organización de los Estados Americanos, ¿cuáles son los efectos que esa denuncia y el retiro tienen sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a que se refiere la primera pregunta?

¿Qué obligaciones internacionales en materia de derechos humanos tienen los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos respecto de los Estados de las Américas que hayan denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la Organización de los Estados Americanos?

Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

1. Obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que subsisten para un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De modo inicial, la Corte Interamericana abordó las reglas del derecho internacional público general relativas a la denuncia de tratados y se refirió, asimismo, a la especificidad de los tratados en materia de derechos humanos. De esta manera, determinó que era posible derivar como regla general que la denuncia de un tratado internacional debía ajustarse a los términos y condiciones establecidos en el propio texto de las disposiciones del tratado. Advirtió que la denuncia de la Convención Americana representaba una regresión en el nivel de protección interamericana de los derechos humanos y en la procura de la universalización del sistema interamericano.

Por lo tanto, la Corte Interamericana consideró imprescindible, además de clarificar por medio de interpretación los parámetros procedimentales de denuncia y sus efectos sobre las obligaciones internacionales, realizar algunas consideraciones adicionales respecto a los mecanismos de garantía colectiva, como salvaguardas esenciales de un Estado democrático contra denuncias intempestivas y opuestas al principio general del derecho de actuar de buena fe. Además, los titulares de los derechos reconocidos en la Convención Americana, quienes quedarían al desamparo de la protección judicial interamericana, se encuentran en una posición asimétrica en relación con el poder del Estado. De esta forma, la Corte Interamericana pretendió contribuir a que la comunidad de Estados americanos y los propios órganos competentes de la OEA aseguraran de forma colectiva y pacífica la eficacia de la Convención Americana y del propio sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 78 contempla su denuncia y, para que sea válida, dispone dos requisitos procedimentales que deben ser cumplidos: a) membresía de al menos cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la convención y b) notificación al Secretario General de la OEA

(que debe informar a las otras partes) como depositario del tratado, con un preaviso de un año. Al respecto, la Corte Interamericana notó que no correspondía presumir o inferir de actos internos la voluntad del Estado de denunciar el tratado, sino que la denuncia tenía que realizarse de manera expresa y formal mediante el trámite dispuesto en el plano internacional.

Por otro lado, la Corte Interamericana interpretó que la Convención Americana no contemplaba de forma expresa las condiciones procedimentales requeridas a nivel de derecho interno para su denuncia. Sin embargo, observó una tendencia a exigir la participación del órgano legislativo en la aprobación de la denuncia en los países que la regulaban constitucionalmente. En este sentido, notó que, si bien en la región existen diversos procedimientos internos para la denuncia de los tratados, la denuncia de un tratado de derechos humanos (en especial uno que establece un sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos como la Convención Americana) debía ser objeto de un debate plural, público y transparente al interior de los Estados, pues se trataba de una cuestión de interés público, en tanto conllevaba un posible cercenamiento de derechos y, a su vez, del acceso a la Justicia internacional. Al respecto, recurrió al principio del paralelismo de las formas, que implicaba que, si se había sancionado constitucionalmente un procedimiento para contraer obligaciones a nivel internacional, resultaría conveniente que se siguiera un procedimiento similar para desligarse de esas obligaciones, a fin de garantizar el debate público.

La Corte Interamericana constató que no era posible denunciar la Convención Americana con efectos inmediatos. Así, su art. 78.1 dispone de un período de transición de un año, durante el cual los Estados parte de la convención deben exponer, en el marco de los espacios institucionales de la OEA, sus observaciones u objeciones de forma oportuna y como garantes colectivos de la Convención Americana, a fin de resguardar la protección efectiva de los derechos humanos y el principio democrático. El objetivo de la norma es prevenir que, a través de una denuncia, se procure evadir de mala fe los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, disminuir o cercenar la efectiva protección de esos derechos, debilitar el acceso al mecanismo jurisdiccional internacional o impedir la protección complementaria del sistema interamericano.

Al respecto, la Corte Interamericana hizo hincapié en la necesidad de aplicar un escrutinio más estricto ante denuncias que se dan en situaciones de una gravedad especial y pueden afectar la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica y, por ende, los derechos humanos. Estas situaciones son: a) por disconformidad con una decisión adoptada por el órgano de protección y motivada por una voluntad manifiesta de incumplir los compromisos internacionales; b) en el escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos; c) en un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos; d) en el marco de la erosión progresiva de las instituciones democráticas; e) ante una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, y/o f) durante un conflicto armado.

En cuanto a los efectos de la denuncia de la Convención Americana, la Corte Interamericana determinó que la consecuencia central consistía en despojar a las personas bajo la jurisdicción del Estado de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales internacionales, como la propia Corte Interamericana, para reclamar un nivel complementario de protección judicial de sus derechos. Sin embargo, consideró que subsistirían determinadas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos para el Estado en su calidad de miembro de la OEA.

En particular, la Corte Interamericana determinó que, cuando un Estado miembro de la OEA denunciaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ese acto tenía las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: a) las obligaciones convencionales permanecían incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; b) la denuncia efectiva de la Convención Americana no surtía efectos retroactivos; c) la vigencia de las obligaciones que surgían de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantenía activa; d) la denuncia efectiva de la Convención Americana no anulaba la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos; e) las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la OEA y la Declaración Americana perduraban bajo la supervisión de la Comisión Interamericana, y f) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *ius cogens* continuaban obligando al Estado en virtud del derecho internacional general.

2. Efectos sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de la denuncia de la Carta de la Organización de los Estados Americanos por un Estado miembro que no es parte de la Convención Americana.

La Carta de la OEA puede ser denunciada de conformidad con su art. 143, que establece: a) la necesidad de comunicar la decisión de denuncia por escrito a la Secretaría General, que debe informarla a los demás Estados miembros; b) un período de transición de 2 años, y c) las consecuencias que se derivan de la efectividad de la denuncia. Sobre este último aspecto, indica, por un lado, la cesación de los efectos de la Carta respecto del Estado denunciante y, por el otro, establece que el Estado denunciante “quedará desligado de la Organización después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la presente Carta”. La Corte Interamericana determinó que lo anterior implicaba que la denuncia se hiciera efectiva luego de transcurrido el período de transición, por lo que cesaba de aplicarse la Carta, pero subsistían ciertas obligaciones emanadas de ella.

Sobre lo anterior, la Corte Interamericana apreció que la fórmula “obligaciones emanadas de la presente Carta” (contenida en el art. 143 de la Carta) era amplia, y no limitaba en su redacción al cumplimiento de un determinado tipo de obligaciones. En vista de ello, la Corte Interamericana recurrió a los métodos interpretativos de los tratados internacionales, así como a los trabajos preparatorios de la Carta de la OEA, para interpretar la cláusula. Concluyó que las obligaciones en materia de derechos humanos integraban

las “obligaciones emanadas” de la Carta de la OEA en los términos de su art. 143. Concretamente, la Corte Interamericana interpretó que esas obligaciones abarcaban las que surgieran de la comisión de un ilícito internacional y que hubieran sido adquiridas a través de los mecanismos y procedimientos ante los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano. Por lo tanto, esas obligaciones incluyen tanto el acatamiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, como la realización de los mejores esfuerzos para cumplir las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana.

En segundo lugar, la Corte Interamericana analizó los efectos de la denuncia y retiro de la Carta de la OEA sobre las obligaciones internacionales emanadas de ella en materia de derechos humanos. Al respecto, subrayó que la denuncia y el retiro desprotegerían a las personas bajo la jurisdicción del Estado denunciante frente a las instancias de protección internacional regionales. En este sentido, recordó que no podía denunciarse la Carta con efectos inmediatos, por lo que, en el periodo de transición de dos años, adquiriría gravitación especial que el resto de los Estados miembros de la OEA, como garantes colectivos de su eficacia en lo referido a la observancia de los derechos humanos, pudieran expresar, de forma oportuna y a través de los canales institucionales, las observaciones u objeciones pertinentes ante denuncias que no resistieran un escrutinio a la luz del principio democrático y afectaran el interés público interamericano.

En conclusión, la Corte Interamericana determinó que, cuando un Estado miembro de la OEA denunciaba la Carta, se verificaran las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: a) las obligaciones de derechos humanos derivadas de la Carta de la OEA permanecían incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; b) la denuncia efectiva de la Carta de la OEA no surtía efectos retroactivos; c) el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantenía hasta su cumplimiento total; d) el deber de cumplir con los tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y no denunciados permanecía vigente; e) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continuaban obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, así como subsistía el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas.

3. Noción de garantía colectiva subyacente al sistema interamericano.

La Corte Interamericana aclaró que la noción de garantía colectiva se traducía en una obligación general de protección *erga omnes* que tenían tanto los Estados parte de la convención como los Estados miembros de la OEA entre sí, para asegurar la efectividad de la Convención Americana y la Carta de la OEA junto con la Declaración Americana, respectivamente. En esta medida, la Corte Interamericana subrayó que las normas de derechos humanos, tanto aquellas convencionales como las derivadas de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, reflejaban valores comunes e intereses colectivos

que se consideraban importantes y, por lo tanto, lo suficientemente dignos de beneficiarse de la aplicación colectiva. Asimismo, esa noción tiene como fundamento la cooperación, solidaridad y buena vecindad de los Estados en el continente americano. Además, la Corte observó que, dada la naturaleza de los tratados de derechos humanos, su objeto y fin, así como la relación asimétrica entre el individuo y el Estado, la garantía colectiva también permitía que las personas bajo la jurisdicción del Estado denunciante no quedaran desprovistas de un umbral mínimo de protección de sus derechos humanos.

En definitiva, la noción de garantía colectiva se proyecta sobre el interés directo de cada Estado miembro de la OEA y de todos ellos en conjunto, a través también de la actuación de los órganos políticos de la organización, que requiere de la implementación de una serie de mecanismos institucionales y pacíficos para abordar de forma temprana y colectiva posibles denuncias de la Convención Americana y/o de la Carta de la OEA en situaciones en las que la estabilidad democrática, la paz, la seguridad y los derechos humanos puedan ser afectados.

En otro orden de ideas, la Corte Interamericana estimó de suma importancia que, cuando pusiera en conocimiento de la Asamblea General de la OEA el incumplimiento de sus decisiones, se estableciera un mecanismo o sistema integrado por Estados parte de la convención que, de forma suplementaria, impulsara la observancia y acatamiento de lo ordenado y, especialmente, de las reparaciones dispuestas en beneficio de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Por último, la Corte Interamericana precisó que, en lo relativo a las denuncias de la Convención Americana y/o de la Carta de la OEA, la garantía colectiva implicaba un deber de los Estados de actuar conjuntamente y cooperar para proteger los derechos y libertades que se habían comprometido internacionalmente a garantizar a través de su pertenencia a la organización regional. Además, la garantía colectiva supone: a) exteriorizar de forma oportuna sus observaciones u objeciones ante cualquier denuncia que no resista un escrutinio a la luz del principio democrático y afecte el interés público interamericano; b) asegurar que el Estado denunciante no se considere desligado de la OEA hasta tanto no haya cumplido las obligaciones de derechos humanos adquiridas a través de los diversos mecanismos de protección en el marco de sus respectivas competencias y, en particular, las relacionadas con las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana hasta la conclusión del procedimiento; c) cooperar para lograr la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y erradicar la impunidad; d) otorgar protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, y admitir en el territorio a potenciales solicitantes de asilo, con garantía del derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera, y e) realizar los esfuerzos diplomáticos bilaterales y multilaterales, así como ejercer sus buenos oficios de forma pacífica, para que los Estados que hayan efectivizado su retiro de

la OEA se reincorporen al sistema regional. Estos puntos no invalidan los foros o mecanismos universales o de otra naturaleza que pudieran prosperar.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 26/20, Obligaciones estatales en materia de derechos humanos (interpretación y alcance de los arts. 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l, 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos), 9-11-2020, en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf.



ÍNDICES

investigaciones

POR PAÍSES

ALEMANIA: 11, 171.

BRASIL: 28, 31, 47, 49, 65, 69, 72, 82, 85, 112, 152, 157.

COLOMBIA: 15, 22, 56, 60, 77.

ESTADOS UNIDOS: 55, 96.

ESPAÑA: 35, 75, 98.

FRANCIA: 43, 53, 90, 168.

INDIA: 160.

ITALIA: 103, 105, 108, 109, 163.

REINO UNIDO: 91, 148, 154, 164.

POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 115, 140, 144.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: 175, 181, 186, 190, 193, 197, 201.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 118, 122, 125, 128, 130, 133, 136, 138.

TEMÁTICO

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA: 11.

- Tobillera electrónica: 11.
- Vigilancia domiciliar electrónica: 11.

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA: 15, 28, 157.

- Carencia actual de objeto por hecho superado: 15.
- Conductas discriminatorias contra un estudiante en proceso de transición a hombre trans: 15.
- Identidad de género: 15.
- Interés superior del menor: 15.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 15.

- Carencia actual de objeto por hecho superado: 15.
- Componentes estructurales: 22.
- Conductas discriminatorias contra un estudiante en proceso de transición a hombre trans: 15.
- Diálogo significativo: 22.
- Identidad de género: 15.
- Interés superior del menor: 15.
- Libertad de enseñanza: 28.
- Órdenes complejas: 22.
- Pluralismo de ideas: 28.
- Prestación del servicio público de educación: 22.
- Principio de proporcionalidad: 28.
- Protección a favor de menores que exponen su vida para concurrir al colegio: 22.
- Protección integral del menor: 28.
- Responsabilidad de la institución educativa en la resolución de conflictos: 31.
- Suspensión de términos judiciales en virtud de la emergencia pública de salud derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19: 31.
- Suspensión de términos judiciales. Excepciones: 31.
- Suspensión de términos judiciales. Levantamiento: 31.

DERECHO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE: 15, 175.

- Carencia actual de objeto por hecho superado: 15.
- Conductas discriminatorias contra un estudiante en proceso de transición a hombre trans: 15.
- Identidad de género: 15.
- Interés superior del menor: 15.
- Protección de la honra y la dignidad: 175.

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO: 56.

- Derecho de una mujer transgénero para acceder a los servicios de salud: 56.
- Proceso de reafirmación sexual y de género: 56.

DERECHO A LA IGUALDAD: 15, 28, 35, 157, 175, 186, 190, 193.

- Acceso a la función pública en condiciones de igualdad: 193.
- Carencia actual de objeto por hecho superado: 15.

Conductas discriminatorias contra un estudiante en proceso de transición a hombre trans: 15.
 Deber de no discriminación: 175.
 Derecho a la igualdad ante la ley: 35, 175, 186, 190.
 Discriminación por motivos de orientación sexual o de género: 28.
 Identidad de género: 15.
 Igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad: 35.
 Interés superior del menor: 15.
 Responsabilidad internacional del Estado: 186, 190, 193.

DERECHO A LA INFORMACIÓN: 69.

Principio de publicidad de los actos de la administración pública: 69.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: 60, 186.

Obligación de respetar la dignidad de los detenidos: 186.
 Prohibición de tortura, de tratos crueles, inhumanos o degradantes: 186.
 Responsabilidad internacional del Estado: 186.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA: 43.

Explotación de redes radioeléctricas móviles 5G: 43.
 Garantía de derechos: 43.
 Intereses de defensa y seguridad nacional: 43.
 Principio de igualdad ante las cargas públicas: 43
 Riesgos de espionaje, piratería y sabotaje: 43

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 47, 49.

Censura previa: 47.
 Derecho a la verdad histórica y a la memoria colectiva: 49.
 Derecho al olvido: 49.
 Derecho al respeto de las creencias religiosas: 47.
 Dignidad de la persona humana: 47.
 Inclusión de una advertencia en una película: 47.
 Libertad de creencia: 47.
 Libertad de información: 49.
 Libertad de prensa: 49.
 Medios de comunicación: 49.

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: 96.

Acceso a la información de documentos elaborados por agencias estatales federales: 96.
 Excepción de privilegio del proceso deliberativo: 96.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA: 152.

Competencia federal en materia de telecomunicaciones: 152.
 Legislación estadual: 152.
 Principio constitucional del libre ejercicio de la actividad económica: 152.

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL: 53.

Detención arbitraria: 53.

Disposiciones en el contexto de la epidemia de COVID-19: 53.

Garantías judiciales: 53.

Prisión preventiva: 53

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: 175, 186

Arbitrariedad de la detención: 186.

Derecho a la libertad y a la seguridad personales: 175, 186.

Finalidad de las penas privativas de la libertad: 181.

Garantías judiciales: 175.

Obligación de separar a las personas privadas de su libertad: mayores y menores: 181.

Obligación de separar a las personas privadas de su libertad: procesados y condenados: 181.

Prohibición de detención arbitraria: 175.

Protección judicial: 186.

Responsabilidad internacional del Estado: 181, 186.

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA: 55.

Indemnización por daños: 55.

Responsabilidad de los funcionarios públicos federales de responder pecuniariamente por los daños y perjuicios ocasionados de acuerdo con su capacidad individual: 55.

Tutela jurídica: 55.

DERECHO A LA LIBRE LOCOMOCIÓN: 15

Carencia actual de objeto por hecho superado: 15.

Conductas discriminatorias contra un estudiante en proceso de transición a hombre trans: 15.

Identidad de género: 15.

Interés superior del menor: 15.

DERECHO A LA PERSONALIDAD: 82.

DERECHO A LA PRIVACIDAD: 72, 82, 154.

Confidencialidad de las comunicaciones: 82.

Confidencialidad de las comunicaciones telefónicas: 72.

Confidencialidad de los datos personales: 72.

Competencia legislativa en materia de telecomunicaciones: 72.

Protección del secreto profesional: 82.

DERECHO A LA SALUD: 56, 60, 65, 77.

Adulto mayor: 77.

Bien público colectivo: 65.

Carencia actual de objeto por hecho superado: 60.

Derecho a la información: 69.

Derecho a la rehabilitación de las personas en situación de discapacidad: 60.

Derecho a la salud pública: 65, 69.

Derecho a la vida: 65, 69.

Derecho a obtener un diagnóstico médico: 60.
 Derecho colectivo: 65.
 Derecho de una mujer transgénero para acceder a los servicios de salud: 56.
 Derecho individual: 65.
 Derechos a la intangibilidad, la inviolabilidad y la integridad del cuerpo humano: 65.
 Elementos: disponibilidad, accesibilidad y calidad: 60.
 Inmunización comunitaria: 65.
 Libertad individual: 65.
 Plan Nacional de Inmunización: 69.
 Proceso de reafirmación sexual y de género: 56.
 Salud mental: 60.
 Vacunación obligatoria: 65.

DERECHO A LA SEGURIDAD PÚBLICA: 72.

Competencia legislativa en materia de telecomunicaciones: 72.
 Investigación policial: 72.
 Localización de los teléfonos celulares: 72.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: 75, 112.

Constitución formal del vínculo: 75.
 Discriminación por motivos raciales o étnicos: 75.
 Pensión de viudedad: 75.
 Pensión por fallecimiento: 112.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 35, 98, 181, 190, 193.

Derecho a la protección judicial: 181, 190, 193.
 Derecho a las garantías judiciales: 181.
 Derecho a un proceso con todas las garantías: 35.
 Igualdad ante la ley: 98.
 Presunción de inocencia: 35, 98.
 Principio de legalidad penal en su vertiente del principio de culpabilidad: 35.
 Responsabilidad internacional respecto de las víctimas y de sus familiares: 181.
 Responsabilidad internacional de Estado: 181, 190, 193.

DERECHO A LA VIDA: 60, 65, 69, 77, 181, 186.

Adulto mayor: 77.
 Derecho a la rehabilitación de las personas en situación de discapacidad: 60.
 Derecho a la vida en condiciones dignas: 60.
 Derecho a la información: 69.
 Plan Nacional de Inmunización: 69.
 Responsabilidad internacional del Estado: 181, 186.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA: 109, 175.

Injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas: 175.
 Interés superior del menor: 109.
 Intolerable inercia legislativa: 109.

Necesidad de una ley que garantice a los nacidos el pleno ejercicio de sus derechos al cuidado, a la mantención, a la educación, a la instrucción, a la sucesión y a la estabilidad en las relaciones afectivas: 109.

Protección judicial: 175.

Vacío legal: 109.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 77, 82, 85, 98, 181, 193.

Derecho a acceder a mensajes relativos a la defensa: 82.

Derecho a la defensa: 85.

Derecho a la protección judicial: 181, 193.

Derecho a las garantías judiciales: 181.

Derecho a ser oído: 193.

Derecho a recurrir: 193.

Derecho de acceso a la administración de justicia: 77.

Derecho de defensa: 82, 98.

Garantía de no autoincriminación: 98.

Hábeas Corpus: 85.

Mora en la resolución de procesos judiciales: 77.

Plazo razonable: 77, 193.

Presunción de inocencia: 98.

Principio de imparcialidad del magistrado: 85.

Responsabilidad internacional de Estado: 181, 193.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: 15.

Carencia actual de objeto por hecho superado: 15.

Conductas discriminatorias contra un estudiante en proceso de transición a hombre trans: 15.

Identidad de género: 15.

Interés superior del menor: 15.

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA: 168.

Derecho a tener una vida familiar normal: 168.

Libertad de tránsito: 168.

Libertad personal: 168.

DERECHO AMBIENTAL: 90, 91, 96.

Acceso a la información de documentos elaborados por agencias estatales federales: 96.

Acuerdo de París: 91.

Adopción de medidas: 90.

Cambio climático: 90.

Construcción de una pista de aterrizaje de un aeropuerto: 91.

Desarrollo sustentable: 91.

Emisión de gases de efecto invernadero: 90, 91.

Excepción de privilegio del proceso deliberativo: 96.

Objetivo de cero emisiones netas: 91.

Objetivos de reducción de las emisiones: 90.

Política gubernamental: 91.

DERECHO CONSTITUCIONAL: 168.

Prevención de atentados contra el orden público: 168.

DERECHO DE FAMILIA: 103, 105, 108, 112, 168.

Deber del hijo mayor de edad de trabajar para autosustentarse: 103.

Derecho a tener una vida familiar normal: 168.

Derecho al reconocimiento de la homopaternidad: 105.

Derecho a la manutención del hijo mayor de edad: 103.

Derecho del menor a tener una familia: 105.

Derechos del niño: 181.

Divorcio: 108.

Fecundación médicamente asistida: 105.

Filiación: 109.

Incumbencia del legislador: 105.

Interés superior del menor: 105.

Madre intencional: 105.

Manutención de la ex cónyuge: 105.

Manutención del hijo. Límites: 103.

Manutención del hijo. Abuso: 103.

No reconocimiento del vínculo de filiación del nacido con la madre intencional: 109.

Pareja de mujeres: 109.

Principio de autorresponsabilidad: 103.

Principio de monogamia: 112.

Procreación médicamente asistida heteróloga: 109.

Registro de dos mujeres como progenitoras de un niño concebido por una de ellas: 105. Unión civil entre mujeres: 105.

Unión entre personas del mismo sexo: 112.

Uniones estables concomitantes: 112.

Responsabilidad internacional de Estado: 181.

DERECHO DE PROPIEDAD: 77, 154.

Convenios restrictivos: 154.

Desarrollo urbanístico frente a centro de cuidados paliativos de niños con cáncer: 154.

Extinción de dominio: 77.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: 148.

Derecho a una compensación: 148.

Llamadas de telemarketing: 152.

Procedimiento de acción colectiva o acción de clase: 148.

Protección del usuario del servicio público de telecomunicaciones: 152.

Tarifas ilegales: 148.

DERECHO DEL TRABAJO: 157.

Salario mínimo: 157.

Trabajo de las personas privadas de la libertad: 157.

DERECHO PENAL: 160, 163, 164.

- Acoso sexual: 160.
- Daños y perjuicios: 164.
- Demanda por negligencia: 164.
- Estupefacientes: 163.
- Homicidio culposo: 164.
- Imputabilidad disminuida: 164.
- Inconstitucionalidad: 163.
- Libertad bajo fianza: 160.
- Medidas de seguridad para autores de actos terroristas después de cumplida su condena: 168.
- Principio de irretroactividad de la ley penal: 168.
- Principio de legalidad de los delitos y las penas: 168.
- Principio ex turpi causa non oritur actio: 164.
- Pruebas obtenidas en violación de prohibiciones legales: 163.
- Registros domiciliarios y requisas personales autorizados telefónicamente: 163.

DERECHO PROCESAL PENAL: 72.

- Investigación policial: 72.

DERECHOS POLÍTICOS: 171, 193.

- Acceso a la función pública en condiciones de igualdad: 193.
- Derecho a la igualdad de oportunidades para integrar las listas de candidatos: 171.
- Equilibrio, paridad y proporción de género en el Congreso: 171.
- Género: 171.
- Ley electoral federal: 171.
- Principio de democracia: 171.
- Responsabilidad internacional del Estado: 193.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: 175, 181, 186, 190, 193.

- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: 175, 186, 190, 193.
- Derecho a la integridad personal: 181.
- Derecho a la integridad personal: 181, 186.
- Derecho a la libertad personal: 175.
- Derecho a la libertad y seguridad personal: 186.
- Derecho a la protección judicial: 181, 186, 190.
- Derecho a la vida: 181, 186.
- Derecho al debido proceso: 193.
- Derechos del niño: 181.
- Garantías judiciales y protección judicial: 175, 181, 193.
- Igualdad ante la ley: 186, 190.
- Obligación de respetar los derechos: 175, 181, 186, 190, 193.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: 197, 201.

- Interpretación de sentencia: 197.
- Obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: 201.
- Opinión consultiva: 201.

VIOLENCIA DE GÉNERO: 160.

- Dignidad de la mujer: 160.
- Dificultad de la mujer para acceder a la Justicia: 160.
- Discriminación por motivos de género: 160.
- Revictimización: 160.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD:** 144.

- Derecho a interponer un recurso contra la privación de libertad: 144.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: 118, 122.

- Acceso de las autoridades nacionales a los datos conservados con fines de investigación: 122.
- Autorización del Ministerio Fiscal: 122.
- Confidencialidad de las comunicaciones: 122.
- Libertad de expresión: 122.
- Limitaciones: 122.
- Principio de proporcionalidad: 118.
- Proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas: 122.
- Tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas: 122.
- Utilización de los datos como pruebas en el proceso penal: 122.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 118, 128, 144.

- Decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con un delito: 128.
- Derecho a interponer un recurso contra la privación de libertad: 144.
- Derecho a un recurso efectivo: 144.
- Embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea: 128.
- Legislación nacional que prevé el decomiso en beneficio del Estado del bien utilizado en la comisión de un delito de contrabando: 128.
- Limitación: 115.
- Lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacional: 118.
- Objetivo de interés general reconocido por la Unión: 118.
- Pertinencia previsible de la información solicitada en el requerimiento: 118.
- Protección contra la expulsión arbitraria: 144.

DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EFECTIVA: 115.

- Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias: 115.
- Satisfacción equitativa: 115.
- Uso injustificado de la fuerza letal: 115.

DERECHO A LA VIDA: 115.

- Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias: 115.
- Satisfacción equitativa: 115.
- Uso injustificado de la fuerza letal: 115.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA: 122.

- Autorización del Ministerio Fiscal: 122.
- Confidencialidad de las comunicaciones: 122.
- Libertad de expresión: 122.
- Limitaciones: 122.
- Proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas: 122.
- Tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas: 122.
- Utilización de los datos como pruebas en el proceso penal: 122.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: 125.

- Acceso a una internet abierta: 125.
- Comunicaciones electrónicas: 125
- Conceptos de “acuerdos”, de “prácticas comerciales”, de “usuarios finales” y de “consumidores”: 125.
- Derecho a acceder a las aplicaciones y a los servicios y a utilizarlos: 125.
- Derecho a ofrecer aplicaciones y servicios: 125.
- Derechos de los usuarios finales: 125.
- Evaluación de la existencia de una limitación del ejercicio de los derechos de los usuarios finales: 125.
- Obligación de trato equitativo y no discriminatorio del tráfico: 125.
- Posibilidad de aplicar medidas razonables de gestión del tráfico: 125.
- Prácticas comerciales: 125.
- Prohibición de acuerdos y prácticas comerciales que limiten el ejercicio de los derechos de los usuarios finales: 125
- Prohibición de medidas de bloqueo y de ralentización del tráfico: 125.

DERECHO DE PROPIEDAD: 128.

- Bien que pertenece a un tercero de buena fe: 128.
- Decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con un delito: 128.
- Embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea: 128.
- Legislación nacional que prevé el decomiso en beneficio del Estado del bien utilizado en la comisión de un delito de contrabando: 128.

DERECHO DEL TRABAJO: 130.

- Concepto de discriminación: 130.
- Concesión de un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado, después de una fecha elegida por el empresario, un certificado de discapacidad: 130.
- Diferencia de trato dentro de un grupo de trabajadores discapacitados: 130.
- Discriminación directa: 130.
- Discriminación indirecta: 130.
- Discriminación por motivos de discapacidad: 130.
- Exclusión de los trabajadores discapacitados que hubieran presentado su certificado antes de esa fecha: 130.
- Igualdad de trato en el empleo y la ocupación: 130.
- Política social: 130.

POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA: 133

Aceptación obligatoria de los billetes de banco en euros: 133.

Competencia exclusiva de la Unión: 133.

Concepto de “curso legal”: 133.

Norma regional que excluye el pago en efectivo de un canon audiovisual a un organismo regional de radiodifusión de derecho público: 133.

Posibilidad de que los Estados miembros prevean limitaciones para los pagos en billetes y monedas denominados en euros: 133.

RECONOCIMIENTO DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES: 136.

Admisión de la posibilidad del acceso parcial a una de las profesiones a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de las cualificaciones profesionales: 136.

Normativa nacional: 136.

PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: 118, 122, 125, 128, 130, 133, 136, 138.

Derecho a la protección de datos personales: 118.

Derecho a la tutela judicial efectiva: 118, 128.

Derecho al respeto a la vida privada: 118, 122.

Derecho de los consumidores: 125.

Derecho de propiedad: 128.

Derecho del trabajo: 130.

Política económica y monetaria: 133.

Reconocimiento de cualificaciones profesionales: 136.

Sanciones administrativas de carácter penal: 138.

PROHIBICIÓN DE TORTURA Y DE MALOS TRATOS: 138.**PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES: 144.**

Carga de la prueba de los riesgos: 144.

Deber de evaluar las circunstancias en el país de destino: 144.

Expulsión arbitraria: 144.

Inmigrantes ilegales: 144.

Procedimiento deficiente: 144.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER PENAL: 138.

Derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación: 138.

Falta de cooperación con las autoridades competentes: 138.

Información privilegiada: 138.

