

investigaciones



[2022]



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. Andrea S. Bartos

Trad. Laureana Cayuso

Lic. Paula M. Frondizi

Lic. Sebastián Galdós

Lic. 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 [2022]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Horacio Daniel Rosatti

Vicepresidente

Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz

Ministros

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

investigaciones [2022]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2022. Año XXV-

Secciones	Páginas
JURISPRUDENCIA	9/313
ÍNDICES	315/327

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

JURISPRUDENCIA

investigaciones

Derecho administrativo. Concesión de servicios públicos. Obligación de licitación previa. Principio de igualdad. (Brasil).

Antecedentes del caso: el art. 27 de la Ley 8987/1995, sobre concesiones y permisos, establece que la transferencia de la concesión o del control social del concesionario sin el consentimiento previo de la autoridad competente implicará la pérdida de la concesión. El primer párrafo indica que, para obtener el consentimiento, el solicitante deberá reunir los requisitos de capacidad técnica, idoneidad financiera y regularidad jurídica y fiscal necesarios para hacerse cargo del servicio y comprometerse a cumplir con todas las cláusulas del contrato vigente.

El procurador general de la República, Augusto Aras, interpuso, ante el Tribunal Supremo Federal, una acción directa de inconstitucionalidad para cuestionar el art. 27 de la Ley 8987/1995. Aseguró que la norma vulneraba el deber de licitación pública (art. 175 de la Constitución Federal) y se apartaba del régimen jurídico establecido en la propia Ley 8987/1995, que preveía, en su art. 26, la obligación de licitación previa para la subconcesión de servicios públicos.

El procurador general sostuvo que debería permitirse la transferencia de la concesión como medida excepcional debidamente justificada, fundamentada en razones acreditadas que demostraran la incapacidad del concesionario para mantener la prestación del servicio. Agregó que la sustitución tendría que estar precedida de una oferta pública, lo que permitiría a los interesados en asumir el contrato optar por un proceso de selección simplificado, que respetara la impersonalidad.

Por su parte, el abogado general de la Unión, Bruno Bianco Leal, defendió la vigencia de la norma y aseguró que garantizaba la protección de los intereses de la comunidad, los derechos de los usuarios, el mantenimiento de los servicios públicos y el respeto a todas las cláusulas acordadas en el proceso de licitación original. Consideró que una eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo impactaría de forma catastrófica en algunos sectores, como el de infraestructura.

Del mismo modo, la Asociación Brasileña de Infraestructura e Industrias Básicas, el Banco Nacional de Desarrollo Económico, la Asociación Brasileña de Concesionarias de Rutas y la Asociación Brasileña de Inversores en Autoproducción de Energía también defendieron la constitucionalidad de la norma.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría de siete votos contra cuatro, decidió que no era necesario realizar un proceso de licitación previo para transferir la concesión o el control social de un concesionario de servicio público. De este modo, desestimó la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por el procurador general de la República.

El relator del caso, el ministro Dias Toffoli, votó por rechazar el recurso y lo acompañó la mayoría. Sostuvo que, en una licitación, lo más relevante para la administración pública era si la propuesta resultaba ventajosa, y no la identidad del contratista. Señaló, además, que era necesario asegurar la continuidad de la prestación

adecuada de los servicios públicos y que la modificación del contrato no implicaba automáticamente un incumplimiento de la regla de licitación previa obligatoria ni una vulneración de los principios constitucionales relacionados.

El ministro observó que, por regla general, las características personales, subjetivas o psicológicas del contratista eran indiferentes para el Estado. El único requisito es que sea idóneo, es decir, que acredite la capacidad para cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato, que se miden a partir de criterios objetivos y preestablecidos. Además, afirmó que el principio constitucional de impersonalidad prohibía a la administración pública expresar preferencia por una persona en particular.

Del mismo modo, Dias Toffoli advirtió que una de las peculiaridades de los contratos públicos de concesión era su dinamismo y mencionó que su régimen jurídico autorizaba ajustes, con el fin de permitir la continuidad del servicio y una prestación satisfactoria. Así, señaló que se recurría a las transferencias cuando los concesionarios no podían permanecer en el contrato y que la exigencia constitucional de licitación previa se cumplía con el procedimiento inicial, cuyos efectos jurídicos eran observados y conservados mediante el consentimiento administrativo.

Además, el ministro destacó que la norma cuestionada era de suma relevancia en el contexto de las concesiones públicas, especialmente por las características de este tipo de contrato, por la flexibilidad del plazo y por la estrecha relación con el mercado financiero, especialmente después de la sanción de la Ley 13334/2016, que creó el Programa de Asociación de Inversión. Agregó que los concesionarios podían establecer nuevas asociaciones durante el período contractual para la actualización o innovación tecnológica, para superar crisis o dificultades económicas o simplemente para obtener en el mercado los recursos necesarios para su continuidad.

Otro punto desarrollado por Dias Toffoli es que la administración pública puede y debe realizar un control de legalidad del acto de transferencia, para asegurar que el objeto admita la cesión y que no exista prohibición legal o contractual a la cesión o transferencia del control accionario ni indicios de cartelización.

Finalmente, Dias Toffoli aseveró que la transferencia no era similar a la subconcesión, regida por el art. 26 de la Ley 8987/1995. En el primer caso, se mantiene el contrato original, solo con la modificación contractual subjetiva. En el segundo, se establece una relación jurídico-contractual nueva y diferente de la anterior.

Los ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques, Alexandre de Moraes, André Mendonça, Luiz Fux y Luís Roberto Barroso acompañaron el voto del relator. Por su parte, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia y Rosa Weber se pronunciaron por la minoría, a favor de admitir el recurso.

Fachin fundó su posición en que la Constitución manifestaba expresamente la exigencia de realizar un proceso de licitación cada vez que el poder público concediera la prestación de un servicio público. Señaló que el objetivo de esa decisión

era materializar los principios de igualdad, moralidad y eficiencia, además del ahorro económico que la contratación directa pudiera generar.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, ADI 2946, sentencia del 8-3-2022, en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483168&ori=1>; <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=478076&ori=1>.



Derecho administrativo. Sanción a funcionario público. Principio *non bis in idem*. Principio de proporcionalidad. Igualdad ante la ley. Probidad en la función pública. (Chile).

Antecedentes del caso: la recurrente, Carla Sierra Beltrán, ejercía el cargo de inspectora fiscal de la Dirección Regional de Vialidad de La Araucanía. El Juzgado de Garantía de Temuco la condenó, en juicio penal, a 3 años y un día de prisión, a la inhabilitación temporal para ejercer la función pública y a otras penas accesorias, por el delito de fraude al fisco. Se comprobó que había autorizado el pago de partidas que no estaban ejecutadas en el contrato pertinente.

Asimismo, luego de dictada la sentencia, la Contraloría Regional de La Araucanía aprobó el sumario administrativo que proponía la destitución de la recurrente como inspectora fiscal de la Dirección Regional de Vialidad. Contra esta decisión, la recurrente interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco. En ese marco, dedujo un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del art. 120, inc. 1, de la Ley n.º 18834, que aprueba el Estatuto Administrativo.

El precepto legal cuestionado establece:

La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a esta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos. Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía. En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad.

La requirente alegó que la aplicación de la norma impugnada, en este caso concreto, infringía el principio *non bis in idem*, que surgía implícitamente de los

arts. 19 n.º 3, incisos 8 y 9, que consagran el principio de legalidad de las penas, y 19 n.º 2 y n.º 3, sobre igualdad ante la ley y racionalidad y justicia del procedimiento. Argumentó que la norma en cuestión permitía sancionarla por los mismos hechos y fundamentos que ya habían sido objeto de la sanción penal, por lo que se daba la triple identidad entre hechos, sujetos y causa en las sanciones aplicadas. Sostuvo que implicaba una doble punición y que era inconstitucional.

Agregó que, en este caso, había una desproporción manifiesta entre la falta y el castigo, ya que el bien jurídico tutelado y los antecedentes del juzgamiento eran de idéntico tenor, tanto en el ámbito penal como administrativo.

Por otro lado, también intervino el Consejo de Defensa del Estado, que solicitó el rechazo del requerimiento. Arguyó que no se había vulnerado el principio *non bis in idem*, ya que, según el ordenamiento constitucional, la responsabilidad penal y la administrativa son compatibles, ya que operan de forma independiente entre sí. Explicó que, en este caso concreto, existía, por una parte, la sanción penal correspondiente a la condena por fraude al fisco de la recurrente y, por otra parte, la potestad disciplinaria del Estado para proponer su destitución, fundada en el interés de la administración en que los funcionarios públicos se desempeñen correctamente. En ese sentido, indicó que ambas protegían bienes jurídicos distintos.

Además, señaló que las características particulares del derecho disciplinario de los funcionarios públicos, diferentes del derecho administrativo sancionador, lo constituían como una rama autónoma que no emanaba del *ius puniendi* del Estado, sino de la jurisdicción disciplinaria de la administración, por lo que la sanción en este ámbito era autónoma. Por último, sostuvo que la condena penal y la medida disciplinaria de destitución no infringían el principio de proporcionalidad y que, de lo contrario, la administración debería mantener en su dotación a una funcionaria pública que había incumplido sus obligaciones básicas y causado un perjuicio grave a los intereses del Estado.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Chile, por unanimidad, rechazó el requerimiento que solicitaba declarar inaplicable, por inconstitucional, el art. 120, inc. 1, de la Ley n.º 18834, que aprueba el Estatuto Administrativo. Señaló que no había una infracción al principio *non bis in idem*, porque las sanciones emanadas del mismo hecho tenían fundamentos distintos. Por lo tanto, resolvió que era constitucional sancionar administrativa y penalmente a un funcionario público por faltas a la probidad.

El Tribunal Constitucional entendió que las dos sanciones obedecían a bienes jurídicos diferentes, por lo que no había sido vulnerado el principio *non bis in idem*, sino que se trataba, simplemente, de la respuesta del ordenamiento jurídico frente a un hecho de diversa naturaleza, realizado en el contexto del mismo acto reprochado.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional explicó que la probidad era, en sí misma, un valor protegido como principio constitucional, con alcance administrativo y penal. Advirtió también que la probidad era una carga que correspondía a quienes ejercían una función pública, por lo que su quebrantamiento constituía una infracción a un bien jurídico de titularidad comunitaria y, además, una infracción de los deberes de los funcionarios.

Por lo tanto, observó que, dado el bien jurídico protegido, el fisco de Chile era el afectado por el delito sancionado en sede penal, mientras que la comunidad ciudadana era la afectada por la infracción de los deberes de los funcionarios públicos en la prestación del servicio en la administración. Entonces, eran sujetos diferentes los que habían visto afectados sus derechos.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional indicó que el legislador podía identificar y traducir legítimamente un horizonte múltiple de antijuridicidad, en términos de que cada esfera de antijuridicidad tuviera asignada una infracción a partir de un mismo hecho. De esta forma, concluyó que la prohibición de incurrir en una duplicidad de valoraciones no obstaba a la exigencia de abarcar exhaustivamente todo el contenido de ilicitud del comportamiento, con el fin de evitar que una parte de este contenido de ilicitud fuera omitido o no fuera sancionado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 120, inciso primero, de la Ley n.º 18.834, Rol 12.615-21, sentencia del 4-8-2022, en <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/08/190857.pdf>.



Derecho a la educación. Autonomía universitaria. Solicitud de constancia de vacunación para retomar actividades presenciales. Derecho a la salud. (Brasil).

Antecedentes del caso: el Partido Socialista Brasileño (PSB) presentó una acción por incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 756) ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil para cuestionar acciones y omisiones del Gobierno federal en relación con el manejo de la crisis sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus.

En este pedido incidental, el accionante pidió suspender la resolución del Ministerio de Educación nacional del 29 de diciembre de 2021, que prohibía que las universidades federales solicitaran el comprobante de vacunación contra el COVID-19 como condición para el regreso a las actividades académicas presenciales.

El accionante alegó que la decisión del Poder Ejecutivo incumplía el compromiso institucional del Gobierno federal de actuación diligente en el combate contra el coronavirus, con acciones fundadas en datos técnicos y avalados por los organismos sanitarios nacionales e internacionales. Agregó que la ausencia de cualquier motivación plausible demostraba que la resolución estaba basada en premisas incorrectas y era contraria a la posición asumida por los órganos sanitarios en el sentido de que la vacunación de la población resulta la medida más adecuada para enfrentar la pandemia.

Antes de la reunión del pleno del Tribunal Supremo Federal, el ministro Ricardo Lewandowski, relator del caso, admitió la solicitud del PSB y dictó una medida cautelar para suspender la resolución impugnada.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, ratificó la medida cautelar que permitía a las universidades federales requerir la constancia de vacunación. Consideró que esas instituciones educativas federales tenían garantizada la autonomía por el art. 207 de la Constitución y, por lo tanto, podían exigir el comprobante de vacunación contra el COVID-19 como condición para el regreso a las actividades académicas presenciales.

El pleno confirmó la decisión del ministro Lewandowski, que señaló que la resolución del Ministerio de Educación (que negaba la facultad de la institución educativa de solicitar la constancia de vacunación) iba en contra de la evidencia científica y el análisis estratégico en salud.

Lewandowski recordó que la Ley 13979/2020 ya preveía que las autoridades podían adoptar, en el ámbito de sus competencias, disposiciones como la vacunación obligatoria y otras medidas profilácticas.

Lewandowski afirmó que la resolución cuestionada limitaba la autonomía universitaria, pues les quitaba a las instituciones educativas la atribución de supeditar el regreso de las actividades presenciales a la entrega de la constancia de vacunación. Destacó que el Tribunal Supremo Federal siempre había actuado, a lo largo de su historia, a favor de la realización plena del derecho a la salud y a la educación, así como de garantizar la autonomía universitaria.

En este punto, recordó que la salud, según la Constitución federal, era un derecho de todos y un deber irrenunciable del Estado brasileiro, garantizado mediante políticas públicas y cuyo pilar fundamental era el sistema único de salud. Finalmente, advirtió que el tribunal ya había establecido (en ADI 6586 y 6587) la constitucionalidad de la vacunación obligatoria, pero no forzada, que puede implementarse a través de medidas indirectas, como la restricción al ejercicio de determinadas actividades o la frecuencia de la asistencia a ciertos lugares. Observó que, en esas mismas sentencias, el tribunal había expresado que la política pública relativa a la vacunación debía fundarse en las evidencias científicas y los análisis estratégicos pertinentes.

Del mismo modo, el ministro citó la sentencia de ADI 3792, en la que se abordó el alcance de la autonomía universitaria. Allí, el tribunal señaló que la autonomía, si bien no revestía el carácter de independencia (que era un atributo de los poderes de la República), impedía ejercer la tutela o injerencia indebida sobre las funciones de la universidad y aseguraba su facultad discrecional para disponer sobre su estructura administrativa y funcionamiento, así como sobre sus actividades pedagógicas. Lewandowski señaló, además, que proteger a las universidades contra todas las formas de presión externa garantizaba que pudieran contribuir a una sociedad más libre, democrática y plural.

Lewandowski también observó que la autonomía administrativa y financiera eran condiciones esenciales para la realización de la autonomía didáctico-científica

de las universidades federales. Por todas estas razones, indicó que la resolución del Ministerio de Educación había vulnerado la Constitución Federal y los ideales que regían la educación en el país y en otras naciones democráticas.

El ministro Nunes Marques acompañó al relator con reservas. Señaló que los especialistas sanitarios recomendaban una reevaluación constante de la compleja situación de la pandemia, siempre a la luz de los nuevos descubrimientos. En este sentido, consideró que, en la medida que los conocimientos científicos sobre la cuestión se van modificando en poquitísimo tiempo y que el escenario es volátil e incierto, resulta imperioso que el Tribunal Supremo Federal también mantenga una atención constante a estas transformaciones, con el fin de que la jurisprudencia no omita adaptarse a los cambios y pueda asegurar un combate eficaz contra el coronavirus.

Por último, observó que acompañaba la decisión del relator de suspender la eficacia de la resolución administrativa que prohibía, en forma general, la exigencia de presentar la constancia de vacunación. Sin embargo, destacó que eso no impedía que las universidades federales, en el marco de su autonomía, definieran las medidas más adecuadas a partir de los actuales y futuros descubrimientos científicos.

Por su parte, el ministro André Mendonça se diferenció del relator y votó solamente por admitir parcialmente la acción. Consideró que debían suspenderse solo dos disposiciones, los ítems ii y iii, de la resolución del Ministerio de Educación del 29 de diciembre de 2021. Argumentó que, de acuerdo con la legislación y el texto constitucional, el pacto federativo enfatiza la necesidad de una actuación armónica y coordinada entre todos los entes políticos, pero resalta que compete al Poder Ejecutivo federal el rol central en la planificación y coordinación de las acciones gubernamentales en materia de salud pública. En relación con esto, el ejercicio de la competencia constitucional para decidir las medidas en el área de salud debe seguir parámetros específicos definidos por las autoridades políticas.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADPF 756*, sentencia del 18-2-2022, en <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF756.TPI12.pdf>; <https://sistemas.stf.jus.br/repergal/votacao?texto=5498418>; <https://sistemas.stf.jus.br/repergal/votacao?texto=5498223>.



Derecho a la educación. Ley de Emergencia federal por la pandemia. Derecho a la escolaridad. Derecho a organizar libremente la vida familiar. (Alemania).

Antecedentes del caso: los informes de los expertos que han evaluado las consecuencias del cierre de escuelas dispuesto por el Gobierno alemán durante la pandemia han demostrado que la medida obstaculizó gravemente el derecho a la

educación de los niños. Este cierre se debió al proceso dinámico de infección al momento de la sanción de la ley “Freno de emergencia federal”, adoptada a fines de abril de 2021, justo a comienzos de la campaña de vacunación, un hecho de interés público primordial como protección a la vida, a la salud y al funcionamiento del sistema de salud. Este suceso, materializado por el legislador en ese momento, contrasta con el cierre de escuelas.

El legislador fue quien tuvo en cuenta la adopción de esta medida tan relevante para los alumnos. Se cerraron las escuelas y se impidió el contacto interpersonal recién cuando la incidencia de la pandemia superaba un cierto número de infectados por cantidad de habitantes en un determinado lapso de días.

En este contexto, los Estados federales debían, por obligación constitucional, reemplazar la enseñanza presencial por la virtual siempre que fuera posible. Por otro lado, los cierres de escuelas se limitaron a un corto período de dos meses. Estas graves prácticas no se prolongaron por más tiempo, ya que la vida y la salud fueron protegidas por los avances de la vacunación. Después de todo, el Gobierno federal había tomado precauciones antes de aprobar el “Freno de emergencia federal” para afectar lo menos posible a los colegios y garantizar medidas futuras para luchar contra la pandemia. Esto incluye, entre otras cosas, un estudio financiado por el Ministerio de Salud para investigar las medidas de protección (StopptCOVIDStudie), así como la ayuda financiera del Gobierno federal a los Estados federales como parte del “Paquete digital para escuelas” (DigitalPaktSchule), por un total de 1500 millones de euros para mejorar las condiciones para la implementación de lecciones y clases digitales a distancia.

El cierre de escuelas se realizó según la sección 28b, párr. 3, de la Ley de Protección de Infecciones (Infektionsschutzgesetz) y fue parte de un conjunto de medidas de protección de la población en una situación epidémica de alcance nacional —“Freno de emergencia federal”—, tomadas el 22 de abril de 2021 contra la propagación del coronavirus. La presencialidad en las escuelas estaba totalmente prohibida si la incidencia en el transcurso del tiempo excedía el umbral de 165 personas por cada 100000 habitantes por más de tres días consecutivos. A partir de un umbral determinado, la ley solo permitía la presencialidad durante un tiempo limitado y en forma alternada. Los Estados federales decidieron, de forma discrecional, las medidas a tomar, en especial con respecto a los alumnos que se graduaban y las escuelas con necesidades especiales, y se establecieron emergencias de acuerdo con ciertos criterios. La implementación de clases presenciales solo se permitió si se cumplían los recaudos de higiene adecuados. Los alumnos y profesores solamente podían participar de clases presenciales si se les realizaban pruebas de infección reconocidas, dos veces por semana. Si no se alcanzaban los umbrales, las restricciones dejaban de aplicarse. La vigencia de la disposición se limitó a la duración de la situación epidémica de alcance nacional, no más allá del 30 de junio de 2021.

Algunos alumnos interpusieron una queja constitucional por la prohibición total o parcial de clases presenciales y adujeron la violación del derecho a la educación. Los padres de los alumnos denunciantes afirmaron que su derecho (protegido por el art. 6, párr. 1, de la ley fundamental) a organizar libremente la vida

familiar se había visto desproporcionadamente menoscabado por la prohibición de las clases presenciales.

El Tribunal Constitucional Federal acudió a expertos en medicina, investigadores de infecciones, psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos, cuerpo de estudiantes, pedagogos y especialistas en educación para que se expidieran al respecto.

Sentencia: el Tribunal Constitucional Federal alemán resolvió que el cierre de escuelas era constitucional con sustento en los conocimientos y hechos acontecidos hasta abril de 2021. La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal rechazó las quejas constitucionales por la prohibición total o parcial de clases presenciales autorizada por el “Freno de emergencia federal”, con vigencia desde el 22 de abril hasta el 30 de junio de 2021.

Consideraciones de la Sala:

1. La prohibición de la enseñanza presencial de acuerdo con la sección 28b, párr. 3, de la Ley de Protección de Infecciones no viola el derecho a la educación presencial.

a) La prohibición implica una agresión al derecho a la educación protegido, especialmente la educación escolarizada, por el art. 2, párr. 1, en relación con el art. 7, párr. 1, de la ley fundamental.

El derecho de los niños y jóvenes al libre desarrollo de la personalidad de acuerdo con el art. 2.1 de la ley fundamental incluye un derecho frente al Estado, que les permite desarrollarse como personas independientes y responsables, incluso en la comunidad, a través de la educación escolar, de conformidad con el mandato educativo del art. 7.1 de la ley fundamental, en cuanto se refiere a la promoción y apoyo a la educación. El alcance de la protección de este derecho incluye, en la medida que no se refiera a la formación profesional, a la educación escolar en su conjunto, es decir, la transmisión de conocimiento y habilidades en la educación en general. Otorga a los niños y jóvenes el derecho a cumplir con un estándar mínimo de oportunidades educativas que es indispensable para el desarrollo equitativo en personalidades autosuficientes, sin ningún derecho escolar específico. En casos excepcionales, el derecho a un nivel mínimo de desempeño educativo puede oponerse a la protección de los intereses constitucionales, pero no a la libertad de elecciones del Estado en el uso de los escasos fondos públicos. El derecho a la educación escolar también incluye el derecho a la igualdad de acceso a las ofertas educativas estatales dentro del sistema escolar existente. También contiene un derecho de defensa contra medidas que restringen la oferta educativa actual.

Se ve afectada la garantía al derecho a la educación escolar. La prohibición de la enseñanza presencial representa una vulneración de este derecho, en función del principio de proporcionalidad, sirve durante la lucha contra la pandemia y no afecta al sistema escolar en sí.

b) La prohibición de la enseñanza presencial es tanto formal como materialmente constitucional. El legislador federal tiene los atributos y la competencia

legislativa necesaria para resolverlo, y no es necesaria la aprobación del Senado. El reglamento impugnado cumple con el requisito de proporcionalidad.

La prohibición, así como las demás restricciones a los contactos interpersonales incluidas en el “Freno de emergencia federal”, buscan contener las infecciones y así proteger tanto la vida como la salud y evitar que el sistema de salud colapse o se vea sobrecargado. Así, la medida cumple con los fines constitucionales legítimos deseados por el legislador, de conformidad con la protección de los derechos en virtud del art. 2.2.1 de la ley fundamental.

El fundamento en el que se basa el legislador para prohibir la enseñanza presencial en lugares de alta incidencia de contagios, junto con las demás medidas del “Freno de emergencia federal”, responde a la protección de la vida, la salud y el funcionamiento del sistema sanitario. Los expertos asumen que los niños y jóvenes pueden infectarse con el coronavirus y luego convertirse en portadores, aun cuando ellos mismos rara vez se enfermen gravemente. De esta forma, las escuelas abiertas serían parte del proceso de infección.

La prohibición de la enseñanza presencial también es necesaria para proteger a la población de los peligros para la vida y mantener el funcionamiento del sistema de salud. Ese no habría sido el caso si se hubiera podido establecer claramente que las infecciones podrían haberse combatido con otras alternativas menos drásticas, como escuelas abiertas con pruebas periódicas de PCR y medidas de higiene. Sin embargo, la evidencia científica se caracterizó por la incertidumbre. Es cierto que uno de los expertos dio una valoración distinta al resto. Varios sostienen que no es posible una evaluación científica bien fundada, ya que no se recopilaron y evaluaron datos sobre la eficacia de las diversas medidas de control de infecciones en escuelas. En consecuencia, la eficacia de las alternativas también es vaga. Algunos expertos opinan que el proceso de infección no se puede contener con la misma eficacia con pruebas rápidas de antígenos y pruebas de PCR por razones de capacidad.

La prohibición de las clases presenciales no fue desproporcionada en relación con los fines perseguidos por los hechos y el conocimiento al momento de sanción de la ley.

La prohibición de clases presenciales menoscaba el derecho de los niños y jóvenes a la educación escolar. El Instituto Federal de Investigación de la Población asume que los cierres escolares totales o parciales desde marzo de 2020 hasta principios de junio de 2021 totalizaron 173 días. Según el presidente de la Asociación de Profesores de Alemania, se perdió en promedio medio año escolar. Las clases presenciales no pudieron reemplazarse en su totalidad por clases digitales, sino solo por la provisión de tareas. Según la opinión de los expertos, la eliminación de las clases presenciales provocó retrasos en el aprendizaje y déficits en el desarrollo personal. Sin clases presenciales se eliminó el área de sociabilización que es tan importante para el desarrollo psicosocial de la niñez y adolescencia. En opinión unánime de los expertos, los alumnos de escuelas primarias se vieron especialmente afectados, ya que su éxito educativo depende de la posibilidad de interacción directa con profesores y los problemas de aprendizaje en esta fase temprana de la educación perjudican toda la escolaridad. Los expertos también estiman un déficit de aprendizaje muy grande

por ausencia de clases presenciales en niños de familias socialmente desfavorecidas. Los cierres de las escuelas, junto con las demás medidas para combatir la pandemia, empeoran en muchos casos el bienestar físico y psíquico de niños, jóvenes y familias y perjudican indirectamente a la educación.

Estos graves perjuicios al derecho a la educación escolar fueron aprobados por ley en abril de 2021 por temas de bienestar público de suma importancia frente a peligros para la vida, la salud y el funcionamiento del sistema de salud. El proceso infeccioso se caracteriza por su dinamismo. El número de pacientes en terapia intensiva fue aumentando significativamente, e inmediatamente los hospitales tuvieron que modificar su trabajo sanitario cotidiano. También surgieron variantes de virus nuevas, más infecciosas y mortales, las que se propagaron rápidamente. Era esperable que, por el incremento exponencial, no se pudiera hacer el seguimiento de contactos estrechos. Y, para este entonces, la campaña de vacunación apenas empezaba.

Frente a esta situación, el legislador resolvió evitar los contactos interpersonales. En este sentido, la prohibición de la presencialidad en las escuelas forma parte de un concepto global de protección con medidas complementarias.

La vulneración de los derechos de niños y jóvenes a la educación escolar por la ausencia de la enseñanza presencial es directamente proporcional a la importancia primordial del bien común de proteger la vida y la salud.

La ley no prioriza unilateralmente al bien común. La importancia de la enseñanza presencial para la educación fue tomada en cuenta por el hecho que las escuelas, a diferencia de otros ámbitos, solo se cerraron cuando se superó un índice determinado. Por otro lado, los Estados federales son libres de resolver sobre las clases para los que se gradúan. También tienen la facultad de decidir en cuanto a alumnos que afrontan dificultades especiales por su entorno de aprendizaje.

La garantía de implementar alternativas de educación a distancia fue decisivo al momento de decidir sobre la razonabilidad del cierre de escuelas.

En base a la opinión de los expertos, las habilidades y los conocimientos también se pueden impartir con éxito digitalmente en alumnos del secundario en adelante, siempre que se disponga de un buen equipo digital, así como también de pedagogías adaptadas. El legislador federal no pudo mitigar las dificultades de la enseñanza a distancia. Sin embargo, no se necesita una ley para equilibrar intereses opuestos, ya que el art. 7.1 LF impone a los Estados federales la obligación de garantizar los estándares educativos mínimos para el desarrollo de la personalidad de niños y jóvenes. Si los Estados federales no cumplen con estos estándares mínimos debido al cierre de escuelas por un tiempo prolongado con el fin de proteger la vida y la salud como interés primordial, como en el caso en análisis, entonces deben arbitrar los medios adecuados para mantener estos estándares. Por lo tanto, los Estados federales tienen que garantizar, al menos, que el aprendizaje a distancia se lleve a cabo adecuadamente.

Los alumnos de las escuelas donde no existía aún la enseñanza a distancia podían exigir arreglos adecuados sobre la base del derecho a la educación escolarizada.

Sin embargo, en el caso de una situación peligrosa de larga duración como la pandemia, habría que evaluar la razonabilidad de las onerosas medidas tomadas por el Estado, incluso en la inversión de conocimiento científico. Cuanto más tiempo dure el peligro, más sólidas deben ser las apreciaciones del legislador, siempre que sea realmente posible obtener un conocimiento preciso. El Estado no puede sufrir grandes peligros por no haber invertido de forma suficiente en posibles alternativas. Y la objeción de que estas alternativas menos intrusivas imponen una mayor carga financiera podría ser irrelevante en el proceso de ponderación.

No se evidencia omisión, por parte del Estado, en cuanto al conocimiento sobre la razonabilidad de la prohibición de clases presenciales. Es cierto que, al momento de sancionar el “Freno de emergencia federal”, el peligro persistía por más de un año y en ese tiempo hubiera sido posible recopilar información de medidas para frenar la propagación del virus que interfirieran lo menos posible con la libertad. Sin embargo, por la situación impredecible, no se podría haber evaluado sólidamente en abril de 2021 si el testeo en las escuelas abiertas hubieran permitido contener las infecciones de la misma manera que el cierre de escuelas. Además, el legislador, mediante la Ley de Protección de Infecciones, dispuso una evaluación de la eficacia de diferentes medidas de protección bajo responsabilidad estatal. El Instituto Robert Koch ya había encargado un estudio de la eficiencia de las medidas en las escuelas antes que se aprobara el “Freno de emergencia federal”.

Al evaluar las medidas adoptadas en el contexto de un peligro duradero como la pandemia de covid-19, también debe examinarse si el Estado, en el área bajo su responsabilidad como escuelas, tomó precauciones oportunas, razonables y obvias. Si no lo hizo, el interés de las personas afectadas en evitar daños a los derechos fundamentales puede volverse más significativo a la hora de sopesar intereses contrapuestos.

No es obvio que se podrían haber tomado precauciones en todas las escuelas en abril de 2021 para evitar su cierre en la medida de lo posible. Se pueden considerar disposiciones como mejorar la ventilación en las aulas o utilizar ambientes más grandes para respetar el distanciamiento, lo que requiere un esfuerzo de coordinación, planeamiento e implementación con distintos grados de complejidad. Lo mismo aplica a la digitalización de la enseñanza y el aprendizaje, como desarrollar conceptos pedagógicos adecuados a la virtualidad y tratar de evitar resultados educativos desventajosos. Los expertos aún tienen incertidumbre en relación con los sistemas de ventilación y purificación del aire. Incluso, antes que el legislador sancionara el “Freno de emergencia federal”, la Federación había asegurado fondos públicos por precaución. Se otorgó a los Estados federales una ayuda de 1,5 millones de euros con el objeto de mejorar la tecnología digital para el aprendizaje a distancia. La Federación también aportó recursos para promover la instalación de purificadores de aires en las escuelas.

El carácter breve del cierre de escuelas resultó esencial para garantizar que, a pesar de la grave injerencia en el derecho a la educación escolar, fuera aun así razonable.

Al sancionarse el “Freno de emergencia federal”, en abril de 2021, eran de urgencia y de interés público las medidas para limitar los contactos interpersonales para proteger la vida y la salud de todos. No estaba claro cuándo se rompería la dinámica de la infección y si habría propagación de nuevas variantes del virus. Tampoco se sabía si la ley lograría interrumpir el aumento en el número de casos. El legislador asumió, al aprobar la ley, que las medidas de protección iban a ser significativamente menores cuando se ofreciera la vacuna. Según la evaluación de los expertos, los niños en edad escolar no vacunados, a diferencia de los adultos no vacunados, rara vez muestran síntomas cuando están infectados y, por lo general, solo se enferman gravemente si tienen afecciones subyacentes. Por lo tanto, el legislador debía esperar a que la prohibición de las clases presenciales fuera paulatinamente perdiendo justificación una vez que la vacunación prosperara. Se aplica en mayor medida a los alumnos de escuelas primarias, ya que son quienes se encuentran especialmente afectados por la prohibición de la escuela presencial. La limitación extrema de la prohibición de clases presenciales dejaría de ejercerse una vez morigerada la situación.

2. La prohibición de clases presenciales tampoco vulneró el normal desenvolvimiento familiar que se desprende del art. 6.1 LF (derecho constitucional a la familia).

a) De conformidad con el art. 6.1 LF, los padres de niños en edad escolar no pueden invocar un derecho de defensa contra el Estado derivado del derecho constitucional a la familia por la vida familiar en sí y sus actividades relacionadas con el trabajo, especialmente con respecto al cuidado de los niños. Estas cargas no resultan de una carga indirecta a este derecho. La prohibición de clases presenciales cumplió con el único propósito de frenar la propagación del virus. Su objetivo no era modificar la vida familiar de los padres e hijos. Los efectos adversos en la vida familiar fueron un efecto secundario, y no califica como interferencia a los derechos fundamentales.

b) Los padres querellantes no pueden alegar la violación, por parte del Estado, del art. 6.1 y 3.2.2 LF en cuanto al apoyo y protección de la familia.

Al no dictarse clases presenciales, los niños debieron quedarse en las casas, lo que provocó una pesada carga para los padres. Los expertos destacan que las tareas realizadas por la escuela con los niños ahora debían ser organizadas por los padres. Según el Instituto Federal de Investigación, el tiempo adicional promedio que los padres dedicaron a realizar las tareas ordinarias fue de entre 1:30 a 2:30 horas más por día. Los padres de niños con capacidades diferentes se vieron especialmente abrumados. De acuerdo con los expertos, se impuso también una pesada carga a los padres solteros, incluso mayor que a las familias constituidas. El art. 6.1 LF impone al Estado el deber de compensar los efectos adversos del cierre de las escuelas a las familias y a la vida laboral de los padres a través de medidas. El Estado cumplió con este deber, ya que autorizó a los Estados federales a organizar guarderías de emergencia en las escuelas para aliviar la carga a los padres. En cuanto a evitar la pérdida de ingresos a padres que no pueden trabajar para cuidar a los niños, la sección 56.1a.1.1 de la Ley de Protección de Infecciones establece que tienen derecho a una compensación económica. Además, la prestación por enfermedad (pérdida de

ingresos debido al cuidado de niños enfermos), que el Código Social establece para padres con seguro médico obligatorio, se amplió a los padres que debían cuidar a los niños debido al cierre de escuelas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR971/21, 1 BvR 1069/21, sentencia del 19-11-2021, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html;jsessionid=F-028CE0F22A62622A02C0B8F419454B2.2_cid344.



Derecho a la identidad personal. Derecho al nombre. Dignidad humana. Cambio de nombre y apellido. Derecho a la integridad psíquica. Derecho a ser oído. Interés superior del niño. (Chile).

Antecedentes del caso: el art. 1, inc. 2, de la Ley 17344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en ciertos casos, señala:

Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento.

Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera persona podrá solicitar *por una sola vez*, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes:

- a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente.
- b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios.
- c) En los casos de filiación natural o de hijos ilegítimos, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieran impuesto al nacido, cuando fueren iguales.
- d) Cuando el solicitante desee invertir el orden de los apellidos fijado en su inscripción de nacimiento.
- e) Cuando el solicitante desee usar uno u otro apellido de un ascendiente en línea recta hasta el segundo grado.

En los casos en que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiere usado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la persona cuyos nombres o apellidos, o ambos, no sean de origen español, podrá solicitar se la autorice para traducirlos al idioma castellano. Podrá, además, solicitar autorización para cambiarlos, si la pronunciación o escrituración de los mismos es manifiestamente difícil en un medio de habla castellana.

Si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo este estuviere impedido por cualquier causa o se negare a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de este o del defensor de menores y aun de oficio.

Un adolescente (que había modificado su apellido cuando solo tenía cuatro años de edad) solicitó el cambio de nombre ante un juez de primera instancia. El joven manifestó que tenía la intención de cambiarse el apellido para evitar confusiones, que ese apellido no reflejaba su identidad y que lo afectaba en su vida social en tanto existía una disonancia entre lo que él siente y experimenta y lo que el resto percibe. Alegó que estaba obligado a permanecer con el apellido de su padre biológico, a quien no conoce y nunca trató.

En una sentencia de primera instancia, el juez rechazó la solicitud de cambio de nombre con base en el precepto legal “por una sola vez” que contiene el art. 1, inc. 2, de la Ley 17344. Consideró que la norma legal era clara, por lo que una persona solo podrá solicitar una sola vez el cambio de nombres, de apellidos o de ambos a la vez. En consecuencia, no admitió la petición con el argumento de que el adolescente había realizado un cambio de nombre anteriormente.

La apelación llegó a la Corte de Apelaciones de Copiapó, que interpuso un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional de Chile. La Corte de Apelaciones advirtió que, en este caso concreto, la limitación que establecía el precepto legal impugnado colisionaba con diversos derechos: el derecho a la identidad, consagrado en el art. 8.1 de la Convención sobre Derechos del Niño; el derecho a la integridad psíquica, de conformidad al art. 19 de la Constitución; el interés superior del niño, según el art. 3.1 de la Convención, y el derecho a expresar su opinión y que esta sea tenida debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, según el art. 12.1 de la Convención.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Chile, en un fallo unánime, declaró inaplicable, por inconstitucional, el precepto legal “por una sola vez”, contenido en el art. 1, inc. 2, de la Ley 17344. El Tribunal Constitucional remarcó que el derecho al nombre era un componente fundamental de la identidad del individuo y señaló que había un vínculo estrecho entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana, que solo se afirmaba cuando la persona gozaba de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, podía aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad.

El Tribunal Constitucional analizó el vocablo “identidad” en sus diversas acepciones y sostuvo que se relacionaba tanto con la forma en que una persona se percibía a sí misma como con los rasgos propios que la caracterizaban ante los demás.

Así, se reconoce el derecho a la identidad personal, vinculado con todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona. El Tribunal Constitucional concluyó que la identidad era, entonces, “un elemento esencial del derecho de las personas, para ser únicas en su especie, para poder diferenciarlas del resto de los componentes de la sociedad”.

Además, en cuanto a la identidad como derecho, el Tribunal Constitucional señaló que implicaba reconocer las características y rasgos propios de una determinada persona, los atributos que la diferenciaban del resto, ya sean de orden físico, biológico, social o jurídico. Con respecto al plano jurídico, a través del nombre puede relacionarse a una persona con un entorno familiar y surgen efectos jurídicos, como los que derivan de la filiación. Además del nombre, producen consecuencias jurídicas otros elementos propios del derecho a la identidad, como la nacionalidad y el sexo. Algunos de los tratados internacionales que se refieren al tema son la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989 (arts. 7 y 8), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVII), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 6), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16).

El Tribunal Constitucional observó también que, dado que la determinación de los atributos de la identidad podía incidir en las relaciones con terceros, ellos debían constar en registros administrados por un servicio público especial, una tarea confiada, en Chile, al Servicio de Registro Civil e Identificación.

A su vez, el Tribunal Constitucional afirmó que debía distinguirse entre identidad e “identificación”, que consiste en el reconocimiento, a través de los datos registrados, de que una persona es la misma que se supone. No obstante, a esa información que da cuenta de la singularidad de una persona se le pueden agregar otros datos, como el número de cédula de identidad, el domicilio, la profesión, el estado civil, etc. Algunos de esos datos se pueden modificar, mientras que otros son inmodificables. Así, la clave genética y las huellas digitales son claros exponentes de la identidad estática, pero otros, como el nombre, la fecha y el lugar del nacimiento o la filiación, pueden sufrir alguna variación. Es el caso concreto del nombre, es posible cambiarlo, por decisión judicial, ante una fundada petición. Por eso, no deben confundirse estos dos conceptos, pues la identificación demuestra o reconoce la identidad de una persona, pero no la constituye o la concede por gracia. La identidad es anterior a la identificación, ya que solo puede identificarse lo que existe, lo que tiene identidad.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional aseguró que el derecho a la identidad era un derecho implícito, no mencionado en forma expresa en instrumentos internacionales, pero que había sido invocado por diversos organismos internacionales. Por lo tanto, los Estados están obligados a respetarlo y promoverlo. En este sentido, citó un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que afirmaba que el nombre era parte del derecho a la identidad, pero no su único componente. El Tribunal Constitucional aclaró que, a pesar de que no estaba expresamente consagrado en la Constitución chilena, diversas sentencias locales lo

habían reconocido como un derecho implícito, que emanaba de la dignidad humana y había sido recogido tácitamente en diversos tratados internacionales.

En ese punto, el Tribunal Constitucional indicó que el derecho al nombre, como componente del derecho a la identidad personal, no solo permite construir una imagen de uno mismo, sino que también cumple funciones sociales de relevancia. Diversos tratados internacionales reconocen específicamente el derecho al nombre como un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado.

En cuanto al registro del nombre, el Tribunal Constitucional advirtió que se compone del nombre “de familia o apellido” y del nombre “propio o de pila”. El derecho al nombre implica, por una parte, el derecho subjetivo a usarlo, gozarlo y conservarlo, de carácter individual. Al mismo tiempo, por otra parte, ese derecho autoriza a modificarlo, defenderlo, respetarlo y cederlo y permite nuestro desarrollo personal y social.

Además, el Tribunal Constitucional examinó legalmente el modo y los plazos en que se debe inscribir al recién nacido. Precisó que la Ley 17344 autorizaba el cambio de nombres y apellidos en ciertos casos. Señaló que la norma intentaba llenar un vacío, por cuanto la ley anterior solo autorizaba los cambios de nombres cuando existía un error.

Si bien el Tribunal Constitucional consideró que la decisión del cambio de nombre podía ser compleja, porque se caracteriza por una inmutabilidad relativa que asegura la certeza en la designación del sujeto, resaltó que esa inmutabilidad no era absoluta, porque admitía excepciones por razones justificadas. En casos como este, en que se encuentra comprometido el derecho a la identidad, no es razonable que el legislador permita realizar el cambio de nombre solo una vez. Esa limitación podría vulnerar el derecho mencionado, a través de la atribución de características, conductas o ideas que no le pertenecen a la persona o de la negación de las que le son propias y distintivas. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional concluyó que restringir a una sola vez el cambio de nombre al adolescente en este caso concreto podía atentar contra los derechos fundamentales.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional entendió que también habían sido vulnerados el derecho a la integridad psíquica del adolescente y el derecho a ser oído. Argumentó que, al momento de rectificarse su partida de nacimiento por primera vez en 2013, no había podido expresar su parecer, ya que solo tenía cuatro años de edad. Esos derechos, junto con el de la identidad personal, se relacionan de forma directa con el interés superior del niño y están reconocidos tanto en la Constitución como en diversas convenciones internacionales sobre la infancia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1°, inciso segundo, de la ley n.º 17344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica, Rol 11.969-2021, sentencia del 5-7-2022, en <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/07/189213.pdf>.



Derecho a la igualdad. Derecho a la tutela judicial efectiva. Unión de hecho. Beneficio fiscal. Discriminación por razón de residencia. (España).

Antecedentes del caso: en octubre de 2012, María Carmen Rueda Domeque y Oscar Prieto Lucas realizaron, ante el secretario general del ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid (Madrid) y en presencia de dos testigos, una declaración de constitución de unión de hecho para su inscripción en el registro municipal de uniones de hecho de ese ayuntamiento. Ambos recibieron una certificación municipal en la que aparece el número de la inscripción, sus datos personales y la referencia: “DECLARACIÓN DE CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO”.

En julio de 2013, Prieto le donó a Rueda el pleno dominio de una mitad indivisa de la vivienda en que convivían en Rivas Vaciamadrid. El inmueble estaba inscrito en el registro de la propiedad del municipio. Rueda aceptó la donación y asumió la obligación de pago del 50 % del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Ambos solicitaron la bonificación fiscal en la cuota tributaria del impuesto sobre sucesiones y donaciones prevista para las uniones de hecho. Unos días después, fue presentada la escritura pública de donación ante la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid, junto con la correspondiente autoliquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones. Rueda y Prieto contrajeron matrimonio en febrero de 2014. Fue inscrito en el Registro Civil de Rivas Vaciamadrid.

En febrero de 2015, Rueda recibió una propuesta de liquidación provisional del impuesto sobre donaciones. La administración tributaria autonómica fijó su importe en €9355, tras entender que no era aplicable en este caso el régimen tributario de las uniones de hecho porque, al aceptar la donación, Rueda no estaba inscrita en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (en adelante, registro autonómico), un requisito constitutivo para obtener el beneficio fiscal.

Rueda interpuso un reclamo ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, pero fue desestimado. La demandante cuestionó esta resolución ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El recurso fue admitido y se decretó la nulidad de la decisión del Tribunal Económico-administrativo Regional de Madrid y de la liquidación del impuesto sobre donaciones.

Frente a esta sentencia, la Comunidad de Madrid interpuso un recurso de casación ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Este tribunal admitió el recurso, desestimó el reclamo de Rueda y confirmó la liquidación tributaria cuestionada.

Rueda interpuso un recurso de amparo contra esa sentencia ante el Tribunal Constitucional de España. Alegó que habían sido vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

Afirmó que la sentencia de casación impugnada había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto garantiza obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, sobre las pretensiones en litigio. Aseguró que la

vulneración se extendía al derecho a la igualdad ante la ley, relacionado con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través de un sistema tributario justo inspirado en el principio de igualdad (art. 31.1 CE).

Además, señaló que la interpretación de la norma aplicable que había hecho la resolución recurrida no se ajustaba a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a propósito de la prohibición de discriminación por razón de la residencia en los tributos cedidos. Consideró que la interpretación literal de la ley autonómica 11/2001, que exige para su efectividad la inscripción registral autonómica como requisito ineludible e insustituible, provocaba que únicamente pudieran beneficiarse de la bonificación fiscal los miembros de uniones de hecho inscritas en el registro creado al efecto y que estuvieran empadronados y tuvieran su residencia en la Comunidad de Madrid.

En consecuencia, sostuvo que esa interpretación literal de la ley desconocía la finalidad de la norma y su propia dicción, así como la de las normas tributarias que preveían la igualdad de trato tributario para las uniones de hecho. En definitiva, indicó que sería una solución judicial contraria al principio de igualdad ante la ley y a la equiparación de las uniones de hecho estables y acreditadas, a efectos tributarios, con los matrimonios.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España, por unanimidad, admitió el recurso de amparo y anuló la decisión de la administración tributaria, ratificada judicialmente, que le denegaba a la demandante la bonificación autonómica en la cuota tributaria por la donación de una parte de la vivienda familiar que compartía con su pareja. El tribunal consideró vulnerados los derechos a la igualdad en la aplicación judicial de la ley y a la tutela judicial efectiva de Rueda, pues constató que no había sido evaluada adecuadamente su situación de convivencia estable acreditada, dado que la denegación se había fundado, exclusivamente, en que no estaba inscrita en el registro autonómico de Madrid. Por consiguiente, el tribunal dejó firme el reconocimiento del derecho a la aplicación de la bonificación fiscal prevista para las uniones de hecho.

1. El Tribunal Constitucional señaló que las respuestas administrativa y judicial habían vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) al otorgar a la recurrente un trato desigual no justificado entre parejas de hecho que, de forma acreditada por un título público, reunían los requisitos materiales exigidos para acceder a la bonificación fiscal.

Las decisiones cuestionadas hicieron una interpretación literal de la exigencia legal de inscripción en el registro autonómico que ignoró su finalidad material, que es permitir expresar la voluntad de quienes integran la unión de hecho y garantizar la seguridad jurídica mediante la constatación de que no se trata de una unión de convivencia.

En relación con esto, la ley autonómica busca favorecer la igualdad de trato y, para lograrlo, prevé, en su Disposición Adicional Única, la existencia de otros registros públicos semejantes al autonómico con los que debe coordinarse.

Del mismo modo, las resoluciones cuestionadas desatendieron el criterio material igualatorio, establecido en la sentencia 77/2015 del Tribunal Constitucional

para garantizar la igualdad de trato tributaria (en aquel caso, para quienes integraban una familia numerosa). En esa decisión, el tribunal declaró que una interpretación formalista de la norma aplicable vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley en relación con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Además, desde hace años, el contexto normativo muestra que el acceso a prestaciones sociales por parte de las parejas de hecho se reconoce en favor de quien, por cualquier medio probatorio, acredite los requisitos materiales necesarios. Por otro lado, la inscripción municipal generó en la demandante la expectativa de poder acceder a los beneficios reconocidos en las normas madrileñas para las uniones de hecho, dado que se les había exigido cumplir los requisitos materiales establecidos en la ley autonómica y se les había entregado una certificación pública oficial que acreditaba la inscripción.

La diferencia de trato que estableció la decisión de casación no solo carece de justificación objetiva suficiente, sino que, además, provoca una consecuencia excesivamente gravosa para la demandante. El legislador decidió otorgar el mismo trato en el impuesto sobre sucesiones y donaciones a los matrimonios y a las uniones de hecho inscritas, por lo que, para acreditar la condición de unión de hecho, los órganos judiciales deben realizar una interpretación integradora de la norma, que permita reconocer la eficacia de la inscripción en otros registros oficiales. El Tribunal Constitucional sostuvo que esta interpretación de la norma garantizaba la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, la igualdad ante la ley exigidas por la Constitución.

2. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la decisión judicial impugnada no puede ser considerada fundada en Derecho porque desatendió las circunstancias fácticas del caso concreto: resolvió el litigio con remisión íntegra y expresa a la fundamentación de dos sentencias anteriores que analizaron un supuesto fáctico distinto, referido a uniones de hecho que no estaban inscritas en ningún registro. Además, a partir de una premisa fáctica errónea, esa decisión se apartó del criterio igualatorio establecido en la sentencia 77/2015 del Tribunal Constitucional, dado que la unión de hecho que aspiraba a la bonificación fiscal (aunque no estaba inscrita en el registro autonómico) había presentado un título oficial, público y municipal que reunía los requisitos materiales exigidos por la ley autonómica 11/2001.

En definitiva, la estimación del recurso de amparo se fundamentó en el trato desigual de situaciones material y jurídicamente iguales, pues, en este caso, la inscripción en el registro municipal otorgaba las mismas garantías de voluntariedad de la decisión y de seguridad jurídica, que son los objetivos que justifican la exigencia de inscripción en el registro autonómico.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de la sentencia de casación que había denegado la bonificación fiscal y dejó firme la sentencia de instancia previa que sí la reconoció.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Segunda, recurso de amparo n.º 2524-2020, promovido por María Carmen Rueda Domeque contra (i) la sentencia n.º 5/2019, de 26 de noviembre, dictada por la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso n.º 12/2019, y

(ii) el auto de 24 de febrero de 2020 que la ratificó, por los que se desestimó su pretensión relativa a la liquidación autonómica del impuesto sobre sucesiones y donaciones, sentencia del 21-3-2022, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_029/2020-2524STC.pdf.



Derecho a la igualdad. Pueblos originarios. Tribus nativas de Alaska. Definición, alcance y reconocimiento de los órganos de gobierno. Derecho de acceso al financiamiento de los programas de asistencia creados por el Gobierno de los Estados Unidos para hacer frente a la pandemia de COVID-19. (EE. UU.).

Antecedentes del caso: el Título V de la Ley de Ayuda, Reparación y Seguridad Económica contra el Coronavirus (CARES, por sus siglas en inglés) establece la asignación de 8 mil millones de dólares a los “gobiernos tribales” como compensación por los gastos no presupuestados realizados para dar respuesta a la pandemia de COVID-19 (42 U. S. C. §801.a.2.B). En este caso, se discutió la elegibilidad de las Corporaciones Nativas de Alaska para recibir una parte de ese monto. Según la ley CARES, un “gobierno tribal” es aquel “organismo de gobierno reconocido por una tribu indígena”, tal como lo define la Ley Indígena de Autodeterminación y Asistencia Educativa (ISDA, por sus siglas en inglés) (§§801.g.5., 1). La ley ISDA, a su vez, define a una “tribu indígena” como “toda tribu, agrupación, nación u otro grupo o comunidad organizados, incluida la aldea, corporación regional o ayuntamiento nativos de Alaska así establecida de conformidad con la Ley de Acuerdo de Demandas Indígenas de Alaska (ANCSA, por sus siglas en inglés), que sea reconocida como elegible para obtener los programas y servicios especiales proporcionados por los Estados Unidos por su condición de indígenas” (25 U. S. C. §5304.e).

En consonancia con la histórica visión del Ministerio del Interior sobre que las Corporaciones Nativas de Alaska son consideradas tribus indígenas según la ley ISDA, el Departamento del Tesoro determinó que esas organizaciones eran elegibles para recibir ayuda en virtud del Título V de la ley CARES, a pesar de no ser “tribus reconocidas en el ámbito federal” (es decir, tribus con las que el Gobierno de los Estados Unidos haya entablado una relación de igual a igual). En consecuencia, un grupo de tribus reconocidas a nivel federal, encabezado por la Confederated Tribes of the Chehalis Reservation, interpusieron una demanda.

El Tribunal de Distrito dictó sentencia a favor del Departamento del Tesoro y de las Corporaciones Nativas de Alaska, pero la Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito del Distrito de Columbia la revocó. Por eso, el Departamento del Tesoro presentó un *writ of certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito del Distrito de Columbia. Declaró que las Corporaciones Nativas de Alaska eran “tribus indígenas” según la ley ISDA y, por lo tanto, elegibles para recibir financiación de conformidad con el Título V de la ley CARES y resolvió a favor del Departamento de Estado y de las Corporaciones Nativas de Alaska y en contra de las tribus reconocidas a nivel federal.

1. Las Corporaciones Nativas de Alaska argumentaron que se encuadraban dentro del significado liso y llano de la definición que la ley ISDA hace de “tribu indígena”. Las tribus demandantes, reconocidas en el ámbito federal, solicitaron a la Corte Suprema que adoptara un término técnico legal que equiparara el hecho de “ser reconocido como elegible para alcanzar los beneficios de los programas y servicios especiales otorgados por los Estados Unidos a los indígenas por su condición de nativos” con el hecho de “ser una tribu reconocida a nivel federal”.

Dentro del sentido claro de la ley ISDA, las Corporaciones Nativas de Alaska son tribus indígenas, ya que están “establecidas de conformidad con” la norma ANCSA y, por lo tanto, “reconocidas como elegibles” para obtener los beneficios que otorga esa disposición. La ley ANCSA, que declara elegibles a las Corporaciones Nativas de Alaska para escoger decenas de millones de acres de tierra y recibir cientos de millones de dólares en exención de impuestos (43 U. S. C. §§1605, 1610, 1611), es un programa especial creado por el Gobierno de los Estados Unidos en favor de los “indígenas”, es decir, los nativos de Alaska.

Dado que la ley ANCSA es la única norma mencionada por su nombre en la definición de “tribu indígena” que hace la ley ISDA, la elegibilidad para obtener los beneficios de la norma ANCSA cumple con la definición final de la cláusula de “reconocimiento como elegible”.

Las tribus demandantes solicitaron a la Corte Suprema que interpretara la definición de “tribu indígena” de la ley ISDA como un término técnico jurídico, pero no lograron establecer que el texto de la cláusula de reconocimiento como elegible de la ley ISDA fuese una manera aceptable para referirse a “una tribu reconocida a nivel federal” en 1975, cuando se aprobó la ley ISDA. La mera inclusión de la palabra “reconocimiento” no es suficiente para implicar el significado de un término técnico legal. Tampoco demostraron que el texto de la cláusula de reconocimiento como elegible luego hubiera convertido en un término técnico legal que debe retrotraerse al momento de la sanción de la ley ISDA en 1975.

Aun si las Corporaciones Nativas de Alaska no cumplieren con la cláusula de reconocimiento como elegible, cumplirían con la definición de “tribu indígena” de la ley ISDA. Si las tribus demandantes tuvieran razón en que solo una tribu reconocida en la esfera federal puede cumplir con esa cláusula, entonces la mejor forma de interpretar la definición de “tribu indígena” sería que la cláusula de reconocimiento como elegible no aplicaría a las Corporaciones Nativas de Alaska en absoluto. De lo contrario, a pesar de estar notablemente “incluidas” en la definición de “tribu indígena”, todas las Corporaciones Nativas de Alaska quedarían excluidas por un requisito de reconocimiento federal del que no tienen perspectivas razonables de poder cumplir alguna vez.

Los argumentos de las tribus demandantes relativos a que las Corporaciones Nativas de Alaska no son tribus indígenas según la ley ISDA no son convincentes. Primero, adujeron que las Corporaciones Nativas de Alaska tergiversan cuán significativo es el rol que desempeñan conforme a la ley ISDA, ya que el número real de contratos de esa ley en poder de las corporaciones es insignificante. Este punto es irrelevante en gran parte. Nadie diría que una tribu reconocida a nivel federal no puede ser considerada una tribu indígena conforme con la ley ISDA solo porque nunca celebró un contrato establecido en la misma ley. Los demandantes argumentaron, además, que tratar a las Corporaciones Nativas de Alaska como tribus indígenas complicaría la administración de la ley ISDA, pero no demostraron ninguna evidencia de esas cargas durante los 45 años en los que el Poder Ejecutivo las ha tratado como tribus indígenas. También advirtieron que bendecir el estatus de las Corporaciones Nativas de Alaska según la ley ISDA les dará argumentos a estas organizaciones para presionar con el fin de participar en otras disposiciones que incorporan la definición de “tribu indígena” de la ley ISDA. Esta cuestión se extingue en ambos sentidos, ya que la adopción de la posición de los demandantes presumiblemente excluiría a las Corporaciones Nativas de Alaska de muchas otras normas que incorporan la definición de la ley ISDA, incluidas las que han beneficiado a estas organizaciones durante largo tiempo.

2. Una de las tribus demandantes afirmó, por otro lado, que la ley CARES excluía a las Corporaciones Nativas de Alaska independientemente de si eran consideradas tribus indígenas según la ley ISDA, ya que estas corporaciones no tienen un “órgano de gobierno reconocido”. En el contexto de la ley ISDA, se ha entendido desde hace tiempo que el término “órgano de gobierno reconocido” se aplica a la junta directiva de una Corporación Nativa de Alaska, y tanto en la ley CARES como en la ISDA nada sugiere que el término imponga límites adicionales a las clases de tribus indígenas que puedan beneficiarse de las normas.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Yellen, Secretary of Treasury v. Confederated Tribes of the Chehalis Reservation Et Al.*, sentencia del 25-6-2021, en https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20-543_new_8n59.pdf.



Derecho a la información. Principio de legalidad. Principio de eficiencia. Realización de un censo demográfico en el marco de la pandemia de COVID-19. (Brasil).

Antecedentes del caso: el estado de Marañón presentó una acción civil original, con pedido de tutela de urgencia, ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil. Exigió que el censo demográfico del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) se realizara en 2021. Señaló que la omisión en la concreción de los actos administrativos obligatorios implicaba la vulneración de los principios de legalidad y de eficiencia. Argumentó que la falta de datos sobre la población causaría dificultades para formular y ejecutar políticas públicas. También alegó que la ausencia de información confiable podía socavar el pacto federativo y generar una pérdida de ingresos tributarios, lo que provocaría una reducción en las transferencias de fondos.

La Fiscalía General de la Unión, por su parte, señaló que los desequilibrios fiscales provocados por la pandemia eran motivos válidos y suficientes para no realizar el censo en 2021. Observó que los recortes promovidos tanto por el Ejecutivo como por el Legislativo en el presupuesto de este año eran un mecanismo legítimo para seleccionar los intereses de la comunidad que, ante la escasez de fondos públicos, serían efectivamente privilegiados en el contexto de una pandemia.

Sentencia: el 14 de mayo de 2021, el Tribunal Supremo Federal de Brasil resolvió, por mayoría, que el Gobierno federal adoptara las medidas administrativas y legislativas necesarias para realizar el censo demográfico del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística en 2022. De este modo, el tribunal consideró que preservaba la libertad de acción de las autoridades políticas y evitaba dificultades en la contratación de los censistas.

En abril de 2021, el ministro Marco Aurélio, relator del caso, había otorgado la medida cautelar solicitada por el estado de Marañón y determinado que el censo se realizara este año. Sin embargo, en la votación del pleno de mayo, se impuso la posición del ministro Gilmar Mendes, a favor de un plazo de tiempo más largo.

En su voto, Gilmar Mendes aseguró que la relevancia de los datos censales era indiscutible para monitorear las políticas sociales y para actualizar los coeficientes de prorrateo de impuestos federales, a través del Fondo de Participación Estatal, el Fondo de Participación Municipal y el producto de la recaudación del salario de educación.

El ministro explicó que el art. 1.º de la Ley 8184/1991 preveía la realización del censo cada diez años, como mínimo, y que el último había sido realizado en 2010. Por lo tanto, entendió que la demora del Gobierno en ofrecer recursos financieros para la concreción del censo era reprochable.

Mendes coincidió con el relator Marco Aurélio en la necesidad de que el Tribunal Supremo Federal estableciera las medidas que el Gobierno federal debía adoptar para la realización del censo, pero reflexionó, sin embargo, sobre la importancia de fijar un plazo razonable para llevarlo a cabo. De esta manera, de acuerdo con Mendes, el tribunal actuaba en defensa de los derechos desatendidos por el Estado y, al mismo

tiempo, evitaba invadir el dominio de los representantes elegidos democráticamente o asumir un compromiso en la elaboración de políticas públicas.

El ministro Mendes también destacó que la nota técnica presentada por la Coordinación Operacional de Censos del IBGE enumeraba las dificultades para realizar la encuesta demográfica este año y sugería que se efectuara en 2022. Entre los problemas, el organismo mencionó la complejidad de contratar a más de 200 mil censistas y capacitar a supervisores durante un período de aumento de contagios en el marco de la pandemia de COVID-19.

El voto de Mendes fue acompañado por los ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber y Cármen Lúcia.

El relator de la acción civil original, Marco Aurélio, por su parte, había asumido otra posición y decidido otorgar la medida cautelar al estado de Marañón. Sostuvo que el derecho a la información era fundamental para que el Gobierno federal pudiera formular e implementar políticas públicas, ya que los datos y los estudios les permitían a los funcionarios conocer y analizar la realidad del país. También recordó que la extensión del territorio y las diversidades regionales imponían medidas específicas en cada zona. En este sentido, señaló que el censo era una herramienta para mapear las condiciones socioeconómicas de cada parte de Brasil.

El relator destacó que, dado que no habían realizado el censo en 2021 por el recorte de fondos, el Gobierno federal y el IBGE habían incumplido con el deber de organizar y mantener los servicios oficiales de geografía y estadística a nivel nacional (art. 21, inc. XV, de la Constitución Federal). Con esa omisión, las autoridades ponían en riesgo la propia fuerza normativa de la Constitución.

Finalmente, el relator consideró que la acción conjunta de los tres poderes del Estado resultaba fundamental para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Por eso, afirmó que, debido a la omisión del Gobierno federal y del IBGE y a la necesaria aplicación inmediata de los derechos fundamentales, le correspondía al Tribunal Supremo Federal disponer la adopción de medidas para posibilitar la encuesta demográfica. Ese criterio justificaba la admisión de la medida cautelar solicitada y la realización del censo este año.

Por su parte, el ministro Edson Fachin adhirió plenamente al voto del relator para realizar el censo en 2021.

Por otro lado, el ministro Nunes Marques votó, en soledad, a favor de rechazar de forma absoluta la acción interpuesta. Consideró que la pandemia era un hecho excepcional que justificaba el aplazamiento del censo sin plazos de realización. Aseguró que lo conveniente era que se llevara a cabo solo después de haber completado la vacunación de la población brasileña.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ACO 3508*, sentencia del 14-5-2021, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3508.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=466012&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464925&ori=1>.



Derecho a la intimidad. Derecho a la imagen. Derecho a la honra. Derecho al buen nombre. Derecho a la libertad de expresión. Divulgación de información sensible a través de redes sociales que causa afectaciones desproporcionadas a los derechos a la intimidad y a la imagen. Ausencia de un propósito constitucional legítimo. Escraches. Límites. Presunción de inocencia. Juicio de ponderación. (Colombia).

Antecedentes del caso: Pedro Pérez sufrió un trastorno psicótico agudo, debido a los altos niveles de estrés, ansiedad e insomnio causados por la redacción de su trabajo de grado. Durante ese trastorno, irrumpió desnudo en dos ocasiones en la vivienda de Sandro Santa y golpeó a su hija menor de edad. La esposa de Santa pidió ayuda a los vecinos, quienes lograron controlar a Pérez y sacarlo del departamento. A raíz del ataque, Santa denunció penalmente a Pérez por el delito de acto sexual violento contra su hija. También informó a sus vecinos y a medios de comunicación que Pérez había agarrado por los senos a su hija y le había practicado acciones depravadas y actos sexuales abusivos. Días después, Mónica Muñoz, una amiga de los padres, publicó en sus cuentas de Facebook y Twitter, y en el muro de Facebook del grupo Mujeres Unidas III, que Pérez era un “mal nacido hijo de puta drogado” y que había ingresado al apartamento de Santa con “la intención de abusar sexualmente” de la menor de edad. Asimismo, divulgó el número de cédula de Pérez y fotos en las que aparecía con su madre. Por otra parte, las administradoras de los colectivos feministas @MujeresI y @MujeresII publicaron una pieza gráfica en sus cuentas de Facebook e Instagram en la que denunciaban que Pérez había violentado e intentado violar a la hija de Santa. Esta pieza gráfica contenía, además, la dirección de residencia de Pérez y una foto en la que aparecía con su madre.

Pedro Pérez presentó una acción de tutela contra Sandro Santa, Mónica Muñoz, las administradoras de los perfiles de Facebook e Instagram de @Mujeres I y @Mujeres II, Facebook Colombia S. A. S. e Instagram Colombia. Argumentó que Sandro Santa, Mónica Muñoz y las administradoras de los colectivos citados había vulnerado sus derechos fundamentales a la intimidad, honra, imagen, buen nombre, dignidad humana y presunción de inocencia. Fundó su reclamo en que habían publicado una foto suya, su cédula y su dirección de residencia sin su consentimiento. Sostuvo que esas publicaciones desconocían los principios de libertad, finalidad, integridad, necesidad y veracidad de los datos personales, previstos en la Ley n.º 1582 de 2012. Afirmó que los accionados habían incurrido en las conductas penales de injuria y calumnia agravadas en su perjuicio, dado que lo habían acusado falsamente de haber violado a la menor. Solicitó que se ordenara a los accionados retirar las publicaciones, rectificar la información publicada y emitir disculpas públicas; y a Facebook Colombia S. A. S. e Instagram Colombia que investigara “las identidades y ubicación de administradoras o administradores de los perfiles de los colectivos feministas” e impidieran “el libre acceso a las publicaciones realizadas en los perfiles” de los accionados.

El 17 de junio de 2020, el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Cali con funciones de conocimiento resolvió no conceder el amparo. Indicó que, en este caso, la solicitud de tutela contra particulares era improcedente, puesto que el accionante no estaba en una situación de indefensión o subordinación frente a los accionados. Además, señaló que no se acreditaba el requisito de subsidiariedad, dado que se estaba sustanciando una causa penal en la que debía resolverse si había habido una calumnia o injuria y que, de ser así, se dispondría una rectificación o una retractación. Asimismo, sostuvo que Facebook Colombia carecía de legitimación pasiva, porque no regulaba el manejo de las plataformas de Facebook e Instagram en Colombia y no había sido responsable de la creación y difusión de las publicaciones. Además, observó que el accionante no había probado el uso de la herramienta de reporte del servicio de Facebook, lo que tornaba improcedente la solicitud de tutela contra esta sociedad, ni había aportado “la URL específica de cada contenido cuestionado”, que es el recurso idóneo para determinar el contenido al que hace referencia. Por último, anotó que la improcedencia del amparo no impedía “que el despacho realice un llamado enérgico a las partes involucradas, encaminado a que guarden prudencia y mesura” y, por esto, las conminó a abstenerse de “hacer comentarios descomedidos en contra de cada uno, menos acudiendo a medios de comunicación”. Pérez impugnó esta sentencia.

El 15 de octubre de 2020, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali con funciones de conocimiento revocó la sentencia recurrida. Sostuvo que la acción penal no era un mecanismo idóneo y efectivo y encontró que el accionado sí se encontraba en una situación de indefensión. Por otra parte, señaló que Muñoz y los colectivos feministas habían vulnerado los derechos fundamentales del accionante a la honra, buen nombre y presunción de inocencia porque “el contexto y el contenido de las publicaciones lleva implícito, más allá del objetivo de informar, el de difamar, dando por cierto conductas delictivas que no han sido demostradas por el juez de conocimiento y que por tanto están bajo el amparo de la presunción de inocencia previsto y protegido por el art. 29 de la Carta Política”. Consideró que “para atribuirle a alguien un delito es un requisito ineludible contar con una sentencia judicial en firme” y que, por lo tanto, las denuncias hechas por los accionados en redes sociales “sobrepasan los límites señalados para ejercer su libertad de expresión o de opinión”. Por otra parte, aseguró que habían vulnerado el derecho a la intimidad y a la imagen porque había publicado una fotografía del accionante y su madre sin su consentimiento. También expuso que Santa no había vulnerado los derechos del accionante, ya que no había evidencia de que su proceder fuera más allá del contenido de la noticia criminal puesta ante las autoridades competentes ni que hubiere difundido mensajes en las redes sociales contra Pérez. Finalmente, ordenó a Muñoz, a @MujeresI y a @MujeresII retirar y rectificar “las publicaciones expuestas en los mismos medios difundidos” e indicar “expresamente que los hechos contenidos en la publicación que se rectifica no han sido demostrados ante la autoridad competente y que, por lo tanto, no les consta que Pérez sea autor de conducta punible alguna”.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia confirmó parcialmente la sentencia del 15 de octubre de 2020 del Juzgado Cuarto Penal del circuito de Cali con funciones de conocimiento. Amparó los derechos fundamentales a la

intimidad y a la imagen de Pedro Pérez y no tuteló los derechos fundamentales a la honra, buen nombre y presunción de inocencia. Declaró la improcedencia de la acción de tutela frente a Sandro Santa, Facebook Colombia S. A. S. e Instagram Colombia y desvinculó a estos accionados del trámite de tutela. Asimismo, ordenó a Mónica Muñoz y las administradoras de los perfiles de Instagram y Facebook de los colectivos feministas @MujeresI y @MujeresII: a) retirar inmediatamente el número de cédula, la dirección de residencia y las fotos del accionante y de su madre que se encuentren publicadas en sus redes sociales o en mensajes o *posts* sobre los que tengan control y b) ofrecer disculpas privadas al accionante por la publicación de esa información. Asimismo, ordenó a las accionadas abstenerse de publicar datos sensibles, privados o semiprivados de los individuos que denuncian en sus redes sociales cuando la divulgación de esa información afecte desproporcionadamente los derechos a la intimidad y a la imagen de los acusados, no esté amparada por la libertad de información y no cumpla ningún propósito constitucional legítimo.

La Sala Quinta de Revisión consideró que la acción de tutela satisfacía los requisitos generales de procedibilidad respecto de las alegaciones y pretensiones dirigidas a Muñoz y las administradoras de los colectivos feministas. Por el contrario, concluyó que era improcedente respecto de Santa, Facebook Colombia S. A. S. e Instagram Colombia. Señaló que el accionante no estaba en una situación de indefensión frente a Santa e indicó que la solicitud de amparo en relación con este accionado no satisfacía el requisito de subsidiariedad, pues Pérez podía defender sus derechos en un plano de igualdad por medio de las acciones penales en curso. Por otra parte, señaló que Facebook Colombia S. A. S. e Instagram Colombia carecían de legitimación pasiva, puesto que no eran responsables de la publicación y divulgación de los mensajes presuntamente difamatorios ni de identificar a las administradoras de los colectivos feministas y retirar las publicaciones en las que se denunciaba a Pérez.

En este sentido, la Sala únicamente analizó las vulneraciones a los derechos fundamentales del accionante imputables a Muñoz y las administradoras de los colectivos. Para ello, abordó el análisis en dos secciones: a) presuntas vulneraciones a la honra, buen nombre y presunción de inocencia y b) presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen.

Respecto a las reglas aplicables a las presuntas vulneraciones a la honra, buen nombre y presunción de inocencia, la Sala consideró que la Constitución protegía el derecho de las mujeres y de los particulares a denunciar por redes sociales los actos de discriminación, violencia, acoso y abuso de los que fueran víctimas o tuvieran noticia. En concreto, señaló que las denuncias públicas de estos actos, comúnmente conocidas como escraches, constituían un ejercicio *prima facie* legítimo de la libertad de expresión que goza de protección constitucional reforzada. En criterio de la Sala, las mujeres, periodistas y usuarios de redes sociales no están obligados a esperar que se produzca un fallo judicial para informar sobre tales hechos delictivos. Imponer una carga de esta naturaleza a las víctimas y emisores de información resultaría desproporcionado, inhibiría el ejercicio de la libertad de expresión e información

por medios digitales, invisibilizaría las denuncias de las mujeres y profundizaría la discriminación de género.

Sin embargo, la Sala resaltó que la falta de certeza sobre la culpabilidad del acusado y los graves riesgos de que estas denuncias afecten sus derechos exigían que las mujeres y usuarios de redes sociales que acudieran al escrache como herramienta de denuncia fueran especialmente cuidadosos y responsables con la información que divulgaran. En particular, deben cumplir con dos tipos de límites al momento de ejercer su derecho de denuncia como manifestación de la libertad de expresión en redes sociales: por un lado, límites internos, que les exigen cumplir con las cargas de veracidad e imparcialidad y abstenerse de incurrir en conductas de hostigamiento, acoso, linchamiento digital o *cyberbullying*; por otro lado, límites externos, que les imponen la obligación de respetar la presunción de inocencia y no causar afectaciones arbitrarias y desproporcionadas a la honra y buen nombre de los acusados. Estos deberes, cargas y responsabilidades no están encaminadas a evitar que se conozca una determinada denuncia de abuso y acoso sexual, sino a regular las circunstancias de la publicación, racionalizar el ejercicio del derecho de denuncia y armonizar la libertad de expresión con otros derechos fundamentales e intereses constitucionales. De acuerdo con la Sala, el respeto por la presunción de inocencia exige a los emisores no afirmar que el acusado es penalmente responsable de tales hechos si no existe una condena judicial en firme, y usar formas lingüísticas dubitativas que eviten que la audiencia saque conclusiones anticipadas. Por otra parte, las tensiones entre la libertad de expresión y la protección a la honra y buen nombre deben ser abordadas a partir del juicio de ponderación desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

Respecto a las reglas aplicables a las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen, la Sala consideró que la faceta negativa de estos derechos impide que la información o imágenes privadas o semiprivadas de un individuo sean registradas, publicadas y divulgadas sin el consentimiento libre y previo del titular. Esta garantía, sin embargo, no es absoluta. En concreto, la Sala resaltó que la Corte Constitucional había sostenido que, en algunos casos, era posible que terceros publicaran información o imágenes privadas o semiprivadas sin la autorización del titular para cumplir con un fin constitucional superior, preservar el orden jurídico y garantizar la búsqueda del conocimiento o el acceso libre a la información. Estas finalidades son constitucionalmente importantes y, por lo tanto, su satisfacción y realización justifican las limitaciones a la faceta negativa de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, siempre que las restricciones que se derivan de la publicación y divulgación de información privada y semiprivada sean razonables y proporcionadas en el caso concreto. La Sala precisó que la libertad de información protegía la publicación de denuncias de acoso por redes sociales, pero no otorgaba un derecho irrestricto a publicar datos privados o semiprivados del presunto acusado cuando el conocimiento de esa información por terceros no cumpliera ningún propósito legítimo ni tuviera una conexión directa con un asunto de interés público. La publicación de datos privados o semiprivados que tenga fines sensacionalistas o simplemente pretenda

satisfacer la mera curiosidad y voyerismo de la audiencia no solo no está protegida por la libertad de información, sino que está prohibida por la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Quinta de Revisión, acción de tutela interpuesta por *Pedro Pérez c. Sandro Santa y otros*, sentencia T-275/21, del 18-8-2021, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-275-21.htm>.



Derecho a la intimidad. Derecho a la libertad personal. Prueba de ADN. Examen de proporcionalidad. Disputa relativa a la propiedad de bienes. (India).

Antecedentes del caso: Ashok Kumar presentó una demanda contra las tres hijas de los difuntos Trilok Chand Gupta y Sona Devi, en la que afirmaba ser también hijo de ellos y solicitaba una declaración de propiedad de los bienes que habían pertenecido a la pareja.

Por su parte, las demandadas negaron que el demandante fuera hijo de sus padres y que tuviera derecho a sus bienes. Asimismo, presentaron una solicitud para la realización de una prueba de ADN a Kumar y a cualquiera de ellas para establecer un vínculo biológico entre el demandante y los difuntos.

El demandante se opuso a la solicitud, alegó que se trataba de un abuso del proceso legal y ofreció basarse en las pruebas ya aportadas para demostrar su caso.

El juez de primera instancia sostuvo que no era posible obligar a Kumar a proporcionar la muestra de ADN y, en consecuencia, desestimó la solicitud de las demandadas. Estas, entonces, interpusieron un recurso de apelación.

El tribunal superior observó que una muestra de ADN era una prueba vital para determinar la relación del demandante con Gupta y Devi y la autorizó. Kumar recurrió ante la Suprema Corte de la India para impugnar la decisión del tribunal superior.

Sentencia: la Suprema Corte de la India hizo lugar al recurso interpuesto y ordenó que se procediera con la demanda. Indicó que cada parte debía asumir sus costas respectivas.

La Suprema Corte sostuvo que era preciso examinar si, en un juicio en el que se reclamaba un tema de propiedad, el demandante podía ser sometido a una prueba de ADN en contra de su voluntad. En relación con ello, era necesario evaluar si el demandante, sin someterse a la prueba de ADN, tenía derecho a aportar otras pruebas materiales para demostrar su derecho sobre la propiedad.

La Suprema Corte hizo referencia a la prueba de proporcionalidad establecida unánimemente en su sentencia *K. S. Puttaswamy v. Union of India*, en la que el

derecho a la intimidad había sido declarado como protegido constitucionalmente en la India. Por lo tanto, la Suprema Corte examinó la proporcionalidad de los objetivos legítimos perseguidos, es decir, si eran arbitrarios o discriminatorios, si podían tener un impacto adverso sobre la persona y si justificaban la intromisión en la intimidad y la autonomía de la persona sometida a la prueba de ADN.

La Suprema Corte afirmó que la decisión del tribunal de primera instancia de desestimar la solicitud de las demandantes había sido correcta y que la protección del derecho a la intimidad del demandante debía tener prioridad. En efecto, Kumar había aportado sus pruebas documentales, no estaba dispuesto a presentar más pruebas y se mantenía firme en su negativa a someterse a la prueba de ADN.

Por ello, la Suprema Corte sostuvo que la demanda debía decidirse en función de la naturaleza y la calidad de las pruebas aportadas por ambas partes, que el tribunal superior debía ponderar junto con todas las circunstancias que concurrían para llegar a un veredicto. Asimismo, reiteró que, cuando el demandante no estaba dispuesto a someterse a la prueba de ADN, someterlo de forma obligada atentaba contra su libertad personal y su derecho a la intimidad.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Ashok Kumar versus Raj Gupta & Ors*, sentencia del 1-10-2021, en https://main.sci.gov.in/supremecourt/2019/16194/16194_2019_42_1503_30503_Judgement_01-Oct-2021.pdf.



Derecho a la intimidad. Secreto de las comunicaciones. Inviolabilidad del domicilio. Secreto profesional. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. (España).

Antecedentes del caso: los dispositivos móviles y los ordenadores de los periodistas Blanca Pou Schmidt y Francisco Mestre García fueron intervenidos por decisión del titular del Juzgado de Instrucción n.º 12 de Palma de Mallorca, en noviembre y diciembre de 2018. Estas resoluciones se adoptaron en el marco de las diligencias previas n.º 1002-2018, que investigaban la comisión del delito de revelación de secretos por filtraciones que se habían producido en la investigación judicial del conocido como “caso Cursach”. En concreto, se requirió a la compañía telefónica Más Móvil que entregara los listados de llamadas emitidas y recibidas, así como de los posicionamientos de los teléfonos y el resto de datos asociados a los números de los periodistas. También se pidió que se interceptaran los accesos a internet y la mensajería instantánea de internet.

Cuando los periodistas tuvieron conocimiento de la intervención, se presentaron como interesados en el procedimiento de instrucción para cuestionar las resoluciones judiciales, que estimaban lesivas de sus derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la inviolabilidad del domicilio

(art. 18.2 CE) y el secreto profesional (art. 20.1 d) CE). Sin embargo, el juzgado de instrucción, primero, y la audiencia provincial, en la apelación, les negaron la posibilidad de presentarse en amparo en el procedimiento penal. Los periodistas y las empresas de información que los empleaban interpusieron recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España, por unanimidad, admitió los recursos de amparo promovidos por los periodistas Blanca Pou Schmidt y Francisco Mestre García y por las empresas periodísticas que los empleaban (Europa Press Delegaciones y Editora Balear S. A., respectivamente).

El Tribunal Constitucional consideró que las decisiones cuestionadas impedían el acceso a la jurisdicción y vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que no aplicaban el principio *pro actione* y no motivaban adecuadamente la decisión de rechazar los escritos de los periodistas. Además, destacó que la voluntad de recurrir estaba sustentada en la legítima defensa de sus intereses profesionales que, por otro lado, coincidían con la defensa de los derechos fundamentales sustantivos invocados en los recursos de amparo y que eran el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y el secreto profesional.

Las resoluciones impugnadas disponían medidas especialmente amplias, como registros de llamadas entrantes y salientes, posicionamientos geográficos de terminales telefónicas, interceptación de accesos a internet, acceso y registro a dispositivos de almacenamiento masivo de información o registros en los domicilios profesionales de los demandantes. La naturaleza indiscriminada de este conjunto heterogéneo de medidas, unida a su operatividad sobre dispositivos multifuncionales (en los que el análisis entrelazado de datos permitía reconstruir la vida de sus titulares), conllevaba un alto riesgo para aspectos esenciales de la vida privada que los órganos judiciales debieron haber valorado al analizar la legitimación para recurrir.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional señaló que la libertad de información (art. 20 CE) gozaba de una posición relevante en el ordenamiento jurídico español, porque no solo protegía un interés individual, sino que entrañaba el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. En este sentido, cumple un papel fundamental la protección de las fuentes periodísticas, que constituye un instrumento destinado directamente a generar un ámbito de confidencialidad que las proteja. Por eso, la repercusión negativa que el quebrantamiento de esa protección pueda generar en la libertad de información (art. 20 CE) exige que la decisión de alzamiento de esta prerrogativa deba estar sometida a una ponderación más estricta que otras medidas de investigación y sea susceptible de revisión judicial.

De este modo, las resoluciones judiciales impugnadas privaron indebidamente a los demandantes del correspondiente control judicial de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, ya que no habían podido solicitar su tutela a los órganos judiciales así como tampoco habían podido evacuar sus propios argumentos en relación con la ponderación de sus intereses. En definitiva, entre los demandantes

y los derechos fundamentales invocados existía una determinada situación jurídico-material identificable con un interés propio, cualificado y específico que debió haber sido valorado por los órganos judiciales.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional sostuvo que la finalidad de las medidas adoptadas por el juez instructor afectaba directamente intereses constitucionales especialmente protegidos de los periodistas involucrados. Esa circunstancia justificaba que fueran considerados sujetos legitimados para intervenir en el procedimiento en defensa de sus propios intereses y derechos, por lo que la decisión impugnada era lesiva de su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró la lesión del art. 24.1 CE, retrotrajo las actuaciones al momento anterior al dictado de las resoluciones y devolvió el asunto al juzgado instructor de las diligencias previas n.º 1002-2018, para que dictara un nuevo fallo en términos respetuosos con el derecho fundamental vulnerado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Primera, recurso de amparo n.º 4204-2019, promovido por doña Blanca Pou Schmidt y Europa Press Delegaciones S. A., contra el auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Primera) de 21 de mayo de 2019, sentencia del 7-3-2022, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_021/2019-4204STC.pdf.



Derecho a la libertad de expresión. Convención Europea de Derechos Humanos. Antiterrorismo. Responsabilidad objetiva. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: según el art. 13.1 de la Ley Antiterrorista del 2000, constituye un delito penal portar o exhibir un objeto “de forma tal o en circunstancias tales, que generen una sospecha razonable de que quien detenta esa acción pertenece a o es defensor de una organización proscripta”.

El 3 de septiembre de 2008, los apelantes, PWR, Akdogan y Demir, fueron condenados por la Corte de Magistrados de Westminster, conforme al mencionado art. 13.1, por haber portado una bandera del Partido de los Trabajadores de Kurdistán (una organización proscripta por la Ley Antiterrorista) durante una manifestación contra acciones bélicas del Estado turco en el noreste de Siria, realizada el 27 de enero de 2018 en el centro de Londres.

PWR, Akdogan y Demir apelaron ante el Tribunal de la Corona, que desestimó la apelación por considerar que el art. 13.1 establecía un delito de responsabilidad objetiva, es decir, que, para ser considerado delito, no era necesario que la persona tuviera conocimiento alguno del significado del objeto que llevaba puesto, portaba o exhibía, o de la capacidad del objeto para generar una sospecha razonable de que quien detentaba esa acción perteneciera o fuera defensor de una organización

proscrita. Asimismo, el Tribunal de la Corona consideró que el art. 13.1 no era incompatible con el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ante esta decisión, los apelantes llevaron su pretensión ante la Corte Suprema del Reino Unido.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido desestimó la apelación en forma unánime.

1. Responsabilidad objetiva

La Corte Suprema resolvió que el art. 13.1 de la mencionada ley establece un delito de responsabilidad objetiva, de modo que exige un elemento de intencionalidad limitado, por el cual se presume que el demandado sabe que lleva puesto, porta o exhibe el objeto en cuestión. No se exige ningún elemento de intencionalidad adicional para considerarlo delito.

Existe una fuerte presunción de que los delitos penales requieren la existencia de *mens rea*. En este caso, la presunción fue refutada por su implicación necesaria.

En primer lugar, las palabras empleadas, que generan una “sospecha razonable”, imponen un estándar objetivo y no se prestan fácilmente a la imposición de un requisito de *mens rea*.

En segundo lugar, interpretar el art. 13.1 como si exigiera la presencia de *mens rea* volvería incoherente el calibrado y racional esquema de delitos cometidos por organizaciones proscritas, incluido en la Ley Antiterrorista del 2000.

En tercer lugar, la interpretación de la responsabilidad objetiva del delito en el art. 13.1 está respaldada por el propósito (o la malicia o política) que subyace al delito, el cual se relaciona más con el efecto que tiene sobre otras personas que con la intención o conocimiento del demandado.

2. Compatibilidad con el art. 10 de la Convención

La Corte resolvió que el delito establecido por el art. 13.1 era compatible con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y que, si bien el art. 13 constituía una interferencia para los fines del art. 10.1, esa interferencia estaba justificada.

En primer lugar, la restricción se encuentra establecida por ley, en tanto el art. 13 fue redactado en términos claros, que brindan certeza jurídica.

En segundo lugar, la restricción a la libertad de expresión persigue objetivos legítimos, ya que es necesaria a los fines de la seguridad nacional y pública, la defensa del orden, la prevención del delito y la protección de los derechos de las personas.

En tercer lugar, la restricción es necesaria en una sociedad democrática y es proporcional a los objetivos legítimos perseguidos. Aun tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que establece que, conforme al art. 10, la necesidad no debe tomarse a la ligera, el art. 13 logra un equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y la necesidad de proteger a la sociedad a través de la prevención del terrorismo.

La Corte consideró puntualmente que el delito estaba circunscrito al requisito de sospecha razonable, y que las penas fueron comparativamente menores.

Finalmente, desestimó la pretensión de los apelantes, fundada en que la Corte Europea de Derechos Humanos considera que los actos de expresión solo pueden ser penalizados cuando incitan a la violencia.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, *Pwr (Appellant) v Director of Public Prosecutions (Respondent)*, *Akdogan and another (Appellants) v Director of Public Prosecutions (Respondent)*, sentencia del 26-1-2022, en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2022/2.html>.



Derecho a la libertad de expresión. Derecho a la comunicación de información veraz. Interés público. Derecho al honor. Funcionario público. Derecho a la privacidad. (España).

Antecedentes del caso: tras un operativo policial en el que hubo incidentes y varios detenidos en Salamanca, el recurrente, un abogado de esa ciudad, hizo comentarios sobre los hechos en las redes sociales y, luego, publicó un artículo en un medio de comunicación. Se expresó de forma agresiva contra los policías que habían participado de los incidentes, por lo que fue denunciado por calumnias.

El Juzgado de lo Penal n.º 2 de Salamanca lo condenó por el delito de calumnia con publicidad a la pena de 15 meses de multa y también ordenó que indemnizara a los dos policías involucrados. El recurrente apeló, pero la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca desestimó el recurso.

Luego, el acusado interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de España. Sostuvo que solo había transmitido la versión directa de los hechos tal como se lo habían expresado los vecinos afectados y que, en las redes sociales, les había atribuido a los agentes policiales la condición de torturadores por haber detenido a un menor de edad. Agregó que sus afirmaciones no habían sido dirigidas contra los efectivos involucrados en particular, sino contra la Policía como institución en general.

Además, alegó que había sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión y a la comunicación de información veraz. Argumentó que la libertad de expresión estaba por sobre el derecho al honor cuando los involucrados ejercían funciones públicas o resultaban implicados en asuntos de interés público. En ese caso, debían soportar un grado mayor de crítica que las demás personas.

Sentencia: el Tribunal Supremo de España rechazó el recurso de casación interpuesto por el recurrente. Sostuvo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no amparaba el insulto por redes sociales y, en este caso, no podía considerarse que prevaleciera sobre el derecho al honor.

El Tribunal Supremo señaló que las frases formalmente injuriosas e imbuídas de una carga ofensiva innecesaria no estaban protegidas por la libertad de expresión. Sin embargo, pueden tolerarse ciertas expresiones o frases injuriosas cuando, en el conjunto del texto, predominen otros aspectos que otorguen prevalencia a la libertad de expresión. En este caso, si bien ciertos excesos son admisibles, los puros insultos desvinculados de la materia que trata la crítica no merecen el amparo del art. 20 de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Supremo indicó que las personas conocidas socialmente y, en general, todo aquel que ejerciera una actividad pública no gozaban del blindaje que cualquier otro ciudadano podía tener frente a informaciones falsas. Explicó que la trascendencia de lo privado en personajes públicos no neutralizaba la prevalencia del interés colectivo en conocer la verdad sobre cualquier cuestión de relevancia social. No obstante, también advirtió que, si bien la honorabilidad de los agentes policiales estaba expuesta a la difusión de datos e informaciones que pudieran erosionar el derecho a la privacidad, esa difusión debía vincularse necesariamente con la veracidad de los acontecimientos. Aunque no sea exigible que la verdad impregne todos y cada uno de los contenidos de la información publicada, la veracidad, aun parcial, de lo difundido es un presupuesto de la legitimidad constitucional de la información.

Sin embargo, el Tribunal Supremo afirmó que ese nivel mínimo de veracidad exigible no era respetado en este caso. Recordó que el recurrente había atribuido a dos agentes de policía la condición de torturadores y les había imputado públicamente un delito contra la privacidad —acceso a los dispositivos móviles para borrar imágenes obtenidas por los testigos— y la falsificación de certificados médicos que justificaran heridas inexistentes. Todas esas acusaciones no habían sido probadas y los agentes policiales no tenían antecedentes ni denuncias por torturas. En relación con esto, el Tribunal Supremo observó que el derecho constitucional a la libertad de expresión como vehículo para la comunicación de información no incluía, en su contenido material, la capacidad para alterar, con consciente falsedad, una legítima actuación policial.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo aseguró que toda actuación de los poderes públicos estaba sometida a la crítica de cualquier ciudadano que detectara una acción contraria a los principios constitucionales y que la prevención e investigación de los delitos debía realizarse siempre dentro del marco legal. Agregó que tampoco podía cuestionarse que el ejercicio del derecho de defensa implicara que el imputado pusiera en duda la versión oficial de los hechos de un atestado policial. Sin embargo, en este caso, el acusado no hizo sus imputaciones en el marco de un proceso penal, sino en una red social, y a sabiendas de la absoluta falsedad de sus afirmaciones respecto de los dos agentes que habían intervenido en cumplimiento de una resolución judicial.

Finalmente, el Tribunal Supremo observó que era difícil imaginar un medio de comunicación más expansivo de la ofensa al honor que el que ofrecía cualquier red social. Destacó que la dimensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensificaba de forma exponencial el daño de afirmaciones o

mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus efectos perniciosos a un grupo reducido de destinatarios. Señaló que, actualmente, la incitación a la violencia en una red social se incorporaba a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Añadió, además, que los autores de los mensajes agresivos carecían de control sobre su difusión, pues se podía multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión entre múltiples destinatarios. Consideró que este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de los mensajes, debía ser tenido en cuenta para ponderar el impacto de los enunciados y contenidos sometidos a valoración jurídico-penal.

En resumen, el Tribunal Supremo concluyó que la veracidad, aun parcial, de lo difundido era un criterio de prevalencia en caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor de los funcionarios públicos. Por todas las razones expuestas, desestimó el recurso de casación y condenó en costas al recurrente.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ceferino contra la sentencia dictada el 18 de febrero de 2020 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, sentencia 627/2022, del 23-6-2022, en https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/07/STS_2515_2022.pdf.



Derecho a la libertad de expresión. Desacato e injurias graves al rey. Ley del 6/4/1847. Orden de detención europea. Cuestión prejudicial. (Bélgica).

Antecedentes del caso: en febrero de 2017, el ciudadano español J. A. B. fue condenado por la Audiencia Nacional de Madrid a un año de prisión por desacato e injurias graves a la Corona española. Un año después, el juez español competente emitió una orden de detención europea y una orden de detención europea complementaria para la detención y la entrega a la Justicia española de J. A. B., que se encontraba en territorio belga.

El Tribunal de Primera Instancia de Flandes Oriental, División Gante, desestimó el recurso presentado por el Ministerio Fiscal para la ejecución de la orden de detención. Entonces, el Ministerio Fiscal recurrió esa decisión ante la Corte de Apelaciones de Gante, que planteó dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el marco del art. 5.1 de la ley del 19/12/2003 sobre la orden de detención europea, según el cual se rechaza la ejecución de una orden de detención europea si el hecho en el que se basa no constituye un delito en el derecho belga, la Corte de Apelaciones de Gante consideró que el desacato y las injurias graves contra el rey también eran punibles en Bélgica, en virtud de la ley del 6/4/1847 sobre represión a las injurias contra el rey.

J. A. B. alegó que esa ley no era compatible con la libertad de expresión que garantizaban tanto el art. 19 de la Constitución belga como el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) y solicitó a la Corte de Apelaciones de Gante que se abstuviera de aplicarla porque implicaba una doble incriminación. Asimismo, con carácter subsidiario, J. A. B. solicitó a la Corte de Apelaciones de Gante que planteara una cuestión prejudicial a la Corte Constitucional de Bélgica.

La Corte de Apelaciones de Gante consideró que, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, debía plantear la siguiente cuestión prejudicial a la Corte Constitucional de Bélgica: ¿el art. 1 de la ley del 6/4/1847 sobre represión a las ofensas al rey —que castiga los discursos, los gritos o amenazas públicos que constituyan una ofensa contra la persona del rey— viola el art. 19 de la Constitución en relación con el art. 10 de la Convención?

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica declaró que el art. 1 de la ley del 6/4/1847 sobre la represión a las ofensas al rey violaba el art. 19 de la Constitución en relación con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Con respecto a la admisibilidad, el Consejo de Ministros había señalado que la cuestión prejudicial resultaba manifiestamente inútil y, por lo tanto, inadmisibile. Había agregado que la condición de la doble incriminación quedaba zanjada, ya que el Código Penal sancionaba la calumnia, la difamación y las injurias. Sin embargo, la Corte Constitucional de Bélgica subrayó que correspondía a la Corte de Apelaciones de Gante evaluar si los hechos en los que se basaba la orden de arresto europea constituían o no un delito en el derecho belga. Dado que la Corte de Apelaciones de Gante consideraba que debía aplicar la ley del 6/4/1847 para evaluar la existencia de una doble incriminación, la cuestión prejudicial no resultaba manifiestamente inútil.

Por otro lado, el Consejo de Ministros había observado que la cuestión prejudicial se refería únicamente a la incriminación de las ofensas contra el rey y no a las penas previstas en la disposición en cuestión. La Corte Constitucional sostuvo que la cuestión prejudicial no se ceñía al control de la incriminación y que la evaluación de la pena constituía un elemento esencial del control de una disposición penal sobre la libertad de expresión.

En cuanto al fondo de la cuestión, la Corte Constitucional observó que la intención del legislador había sido que el término “ofensa” fuese interpretado en sentido amplio. Este abarcaba todas las declaraciones que pudieran atentar contra el honor o la reputación del rey o que expresaran una irreverencia hacia el monarca mediante cierta publicidad. Además, la configuración del delito no requería intención de alevosía. En cuanto a la pena, la ofensa contra la persona del rey implicaba la detención por un período de entre seis meses y un año, una multa de entre €300 y €3000 y la prohibición del ejercicio de ciertos derechos durante un período de entre dos y cinco años.

La Corte Constitucional señaló que la libertad de expresión constituía uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que la disposición en cuestión significaba una injerencia en el derecho a esa libertad. Para ser admisible, esa injerencia debe estar prevista por la ley, perseguir uno o más fines legítimos y ser

necesaria en una sociedad democrática, lo que exige que responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcional a los objetivos perseguidos.

La Corte Constitucional constató que la disposición en cuestión perseguía el objetivo legítimo de proteger la reputación de la persona del rey y que el legislador, además, pretendía perseguir otros dos objetivos, a saber, garantizar la inviolabilidad del rey y la estabilidad del sistema constitucional. Dado que la disposición en cuestión había sido adoptada en un contexto histórico fundamentalmente diferente al actual y a la evolución de las nociones acerca de lo necesario en una sociedad democrática, la Corte consideró que el examen de la legitimidad de esos dos objetivos coincidía con el examen de la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática.

Con referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Constitucional entendió que una pena de prisión infligida por un delito cometido en el contexto de un discurso político solo era admisible en circunstancias excepcionales. Del mismo modo, los objetivos dirigidos a garantizar la inviolabilidad del rey y la estabilidad del sistema constitucional no podían justificar que la reputación real fuera protegida en una medida mayor que la de otras personas.

La Corte Constitucional constató que la ley del 6/4/1847 castigaba las ofensas contra el rey con una pena de prisión particularmente dura y que, además, brindaba al rey una protección mayor a la ofrecida a otras personas. Por otra parte, la disposición en cuestión también brindaba al rey una protección mayor en otros aspectos: la multa era mayor, el alcance del delito era más amplio y el delito no comportaba alevosía.

La Corte Constitucional concluyó, entonces, que, tanto en lo concerniente al alcance del delito como a la pena prevista, la disposición en cuestión protegía la reputación del rey en mayor medida que la de otras personas. Por eso, la norma no respondía a una necesidad social imperiosa y resultaba desproporcionada respecto del objetivo de proteger la reputación de la persona del rey. Por consiguiente, la Corte Constitucional consideró que el art. 1 de la ley del 6/4/1847 violaba la libertad de expresión garantizada por el art. 19 de la Constitución en relación con el art. 10 de la Convención.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia del 28-10-21, en <https://www.const-court.be/public/f/2021/2021-157f.pdf>



Derecho a la libertad de expresión y comunicación. Libertad de acceso a los servicios públicos de comunicación en internet. Difusión de contenidos terroristas. (Francia).

Antecedentes del caso: un grupo de diputados cuestionó, ante el Consejo Constitucional de Francia, el proyecto de ley que adapta diversas disposiciones al

derecho de la Unión Europea en materia de prevención de la difusión de contenidos terroristas en internet. Los diputados alegaron que era inconstitucional la norma que le otorgaba competencia a la autoridad administrativa para determinar el carácter terrorista de los contenidos que se encontraban en internet y ordenar, a cualquier prestador de servicios de alojamiento de datos, que, en el plazo de una hora, retirara los contenidos, sin perjuicio de su eventual bloqueo. Además, señalaron que la autoridad administrativa podía tomar la decisión sin la intervención de un juez y sin garantías compensatorias y que podía establecer la sanción de hasta un año de prisión y una multa de varios miles de euros.

Los diputados argumentaron que esta norma infringía el derecho a la libertad de expresión y comunicación, y especialmente la libertad de acceder a los servicios públicos de comunicación en línea y de expresarse en ellos. Sostuvieron que la libertad de expresión era un principio inherente a la identidad constitucional de Francia y que, por otro lado, la ley impugnada no exigía ninguna medida de adaptación en el derecho interno.

Sentencia: el Consejo Constitucional de Francia resolvió que la norma cuestionada era constitucional. Sostuvo que el derecho a la libertad de expresión y comunicación, que es una condición de la democracia y una de las garantías del respeto de los demás derechos y libertades, no había sido vulnerado.

El Consejo Constitucional advirtió que, de acuerdo con el art. 88-1 de la Constitución, todas las directivas y los reglamentos de la Unión Europea debían ser adaptados al derecho interno francés.

Del mismo modo, el Consejo Constitucional señaló que, en el estado actual de los medios de comunicación y ante el desarrollo generalizado de los servicios públicos de comunicación en línea y su importancia para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, el derecho a la libre comunicación de pensamientos y opiniones implicaba la libertad de acceder a estos servicios y de expresarse a través de ellos.

Sin embargo, consideró que, de acuerdo con la Constitución, el legislador podía dictar normas relativas al ejercicio del derecho a la libre comunicación y la libertad de hablar, escribir e imprimir. También está autorizado, en este sentido, a introducir disposiciones para terminar con los abusos del ejercicio de la libertad de expresión y comunicación que atenten contra el orden público y los derechos de terceros.

En cuanto al análisis específico de la ley impugnada, el Consejo Constitucional advirtió que su art. 1 establecía que el contenido difundido al público con fines educativos, periodísticos, artísticos o de investigación, o con el fin de prevenir o combatir actos terroristas, no podía ser considerado terrorismo, incluido el contenido que representa la expresión de opiniones polémicas o controvertidas en el contexto del debate público.

Por otra parte, observó que el art. 3 disponía que la orden de remoción dictada por la autoridad administrativa competente debía incluir no solo una referencia al tipo de contenido en cuestión, sino también una motivación suficientemente

detallada de las razones por las que era considerado terrorista.

En este sentido, en relación con la determinación del carácter terrorista, el Consejo Constitucional señaló que, según la norma, una autoridad administrativa independiente, designada por la Autoridad Reguladora de las Comunicaciones Audiovisuales y Digitales, deberá ser informada de las solicitudes de remoción de los contenidos y podrá, en caso de irregularidad, sugerir a la autoridad competente que rechace el pedido y, en caso de incumplimiento de esta recomendación, acudir a la jurisdicción administrativa en juicio sumario o a instancia de parte. Por su parte, el tribunal administrativo deberá pronunciarse en un plazo de setenta y dos horas.

De esta manera, la determinación del carácter terrorista del contenido no queda al arbitrio exclusivo de la autoridad administrativa designada por las disposiciones impugnadas para dictar órdenes de remoción.

En cuanto a las medidas que se adopten respecto de los proveedores de los servicios de alojamiento de datos o de contenidos, el Consejo Constitucional observó que también podían ser impugnadas por una acción de nulidad ante la jurisdicción administrativa. Este tribunal tiene la obligación de pronunciarse sobre el recurso en un plazo de setenta y dos horas. En caso de una apelación posterior, la cámara de apelación debe resolver en el plazo de un mes. Así, el Consejo Constitucional destacó que las disposiciones impugnadas permitían que se resolviera con celeridad sobre la legalidad de los pedidos de remoción y que, en caso de cancelación, se restableciera el contenido retirado.

Finalmente, en relación con las disposiciones controvertidas que sancionan penalmente el incumplimiento de la obligación de retirar los contenidos de carácter terrorista o de bloquear su acceso, el Consejo Constitucional advirtió que no había incumplimiento si el prestador de los servicios no podía acatar la medida por razones de fuerza mayor, por imposibilidad de hecho que no le fuera imputable o por los errores manifiestos o la insuficiencia de la información disponible en la decisión de la autoridad administrativa.

En consecuencia, el Consejo Constitucional concluyó que las disposiciones impugnadas no vulneraban la libertad de expresión y de comunicación y, por ende, eran constitucionales.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n.º 2022-841 DC, del 13-8-2022, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022841DC.htm>.



Derecho a la libertad personal. Derecho a la libertad de circulación. Derecho a la integridad física y moral. Vacunación obligatoria. Coordinación sanitaria estatal. Interés general. Proceso de elaboración de las leyes. Competencia estatal y autonómica. (España).

Antecedentes del caso: el abogado del Estado, en nombre del presidente del Gobierno, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único, apartado cinco, de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, que modifica el art. 38.2 de la Ley 8/2008 de salud de Galicia. Invocó el art. 161.2 CE y el art. 30 LOTC para que se suspendiera el precepto legal impugnado.

Sostuvo que debía mantenerse la suspensión del precepto impugnado porque, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y un informe emitido por la Dirección General de Salud Pública, el levantamiento de la suspensión perjudicaría gravemente los intereses de los ciudadanos afectados y, por lo tanto, también el interés general. Argumentó que el art. 38.2 de la Ley 8/2008 de salud de Galicia (en la redacción dada por el artículo único de la Ley 8/2021) establecía medidas que no solo afectaban derechos fundamentales, sino que, además, podían ser irreversibles, ya que, una vez adoptadas, era imposible retrotraerlas.

Explicó que así sucede con las medidas de control de personas enfermas, de personas que estén o hayan estado en contacto con enfermos y de personas que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible, previstas en los números 1.º, 3.º y 4.º del art. 38.2.b) de la Ley 8/2008. La norma no exige autorización judicial para la internación de personas y el aislamiento en domicilio o lugar de internación, por lo que la ejecución de estas medidas preventivas supone la atribución al poder ejecutivo autonómico de formular resoluciones de carácter irreversible, con el consiguiente perjuicio para los ciudadanos afectados. Eso sucede con el sometimiento a vacunación obligatoria, previsto en el número 5.º del art. 38.2.b) de la Ley 8/2008. Se trata de una medida irreversible y supone una intervención física en las personas que afecta directamente al derecho garantizado por el art. 15 CE. Las medidas previstas en el número 6.º del art. 38.2.b) de la Ley 8/2008, referidas al control del entorno inmediato de las personas enfermas o de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas, así como de las zonas afectadas, limitan la libertad de circulación (art. 19 CE) de los ciudadanos afectados y tienen también carácter irreversible. La adopción de estas medidas, pese a la cautela establecida en el último párrafo del número 6.º, supone un gravamen de carácter irreversible para los derechos de los ciudadanos garantizados por el art. 19 CE.

El abogado del Estado, además, sostuvo que las medidas previstas en el art. 38.2 de la Ley 8/2008 afectaban a la coordinación sanitaria que correspondía al Estado en la pandemia. Consideró que se vulneraba así el interés general que proporcionaba una coordinación sanitaria estatal, lo que daba lugar a que las medidas en cuestión, como la vacunación obligatoria, los confinamientos de población, la limitación de las reuniones, etc., entraran en contradicción con las que pudiera adoptar el Estado

al gestionar la pandemia del COVID-19. En tal sentido, el abogado del Estado se remitió al informe de la Dirección General de Salud Pública, que señala que la ley autonómica impugnada establece medidas que podrían entrar en contradicción con las líneas de actuación coordinadas que se aprueban en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional Salud. En particular, el informe remarca que la ley autonómica impugnada se separó claramente de la actual estrategia de vacunación no obligatoria contra el COVID-19.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España, por unanimidad, dispuso mantener la suspensión del número 5.º del art. 38.2 b) de la Ley 8/2008 de salud de Galicia, que faculta a las autoridades sanitarias autonómicas a imponer la vacunación obligatoria a la ciudadanía gallega, a fin de controlar cualquier enfermedad infecciosa transmisible (no solo el COVID-19) en situaciones de grave riesgo para la salud pública.

El Tribunal Constitucional debió determinar si procedía mantener o levantar la suspensión de la vigencia del art. 38.2 de la Ley 8/2008 de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado 5.º del artículo único de la Ley 8/2021, suspendido en su aplicación por la invocación del art. 161.2 CE que realizó el presidente del Gobierno en su escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad. Las representaciones procesales de la Xunta de Galicia y del Parlamento de Galicia solicitaron el levantamiento anticipado de la suspensión, mientras que el abogado del Estado se opuso.

Asimismo, el Tribunal Constitucional estimó que la solicitud de levantamiento anticipado de la suspensión sin esperar al transcurso de los cinco meses previstos en el art. 161.2 CE resultaba procesalmente viable, pues ese era el límite máximo inicialmente previsto. Las potestades del Tribunal Constitucional incluyen la posibilidad de ratificar o levantar la suspensión dentro de ese plazo.

La mencionada Ley 8/2008 pretende responder a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. Fue aprobada por el legislador autonómico durante la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 para contener la propagación de infecciones causadas por el COVID-19, con una prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados hasta el 9 de mayo de 2021. El precepto fue impugnado porque, según el recurso, introducía restricciones y limitaciones de derechos fundamentales, por lo que infringía la reserva de ley orgánica en materia de desarrollo de derechos fundamentales (art. 81.1 CE), y porque invadía la competencia estatal exclusiva en materia de coordinación sanitaria (art. 149.1.16 CE).

El Tribunal Constitucional no apreció que el levantamiento de la suspensión del art. 38.2.b), núms. 1.º, 3.º y 4.º, de la Ley 8/2008 pudiera deparar perjuicios de imposible o difícil reparación para el interés general y público o, en su caso, para el interés particular de terceros. Las medidas preventivas en materia de salud pública previstas en los referidos incisos, como el resto de medidas del art. 38, solo podrán ser adoptadas por las autoridades autonómicas “cuando así lo exigiesen razones sanitarias de urgencia o necesidad” y cumpliendo los requisitos que establece el art. 38.ter

de la ley de salud de Galicia, lo que implica una motivación expresa que justifique la proporcionalidad de la medida y “la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable”.

En lo que se refiere a la ejecución de estas medidas preventivas, que “podrá incluir, cuando resultase necesario y proporcionado, la compulsión directa sobre las personas” (art. 38.ter 6), la norma no excluye el control judicial. Si se dispusiera el aislamiento de personas enfermas en su domicilio o la internación en un centro hospitalario u otro lugar adecuado, la ejecución de esa medida requiere autorización judicial, en cuanto concierne directamente a la libertad ambulatoria de las personas afectadas. Por otra parte, el Tribunal Constitucional estimó que el alegato del abogado del Estado se sustentaba en una interpretación desmesurada de lo dispuesto en la norma legal impugnada, dado que, en su texto, nada excluye la intervención judicial en caso de que las autoridades sanitarias competentes lleven a cabo la facultad que el precepto otorga. La actuación de esas autoridades deberá ajustarse al respeto a los derechos fundamentales, entre los que se incluyen la libertad personal y la libertad de circulación. Solo forzando el sentido literal del art. 38.2.b), núms. 1.º, 3.º y 4.º, de la ley de salud de Galicia, cabría admitir que la posibilidad de adoptar las medidas preventivas que enuncia este precepto y su ejecución puede ser interpretada como una autorización a las autoridades autonómicas para llevar a cabo actuaciones que la Constitución prohíbe, con exclusión de las garantías judiciales. Por eso, el Tribunal Constitucional levantó la suspensión que afectaba a los núms. 1.º, 3.º y 4.º del art. 38.2.b) de la citada Ley 8/2008, así como la del núm. 2.º (“sometimiento de las personas enfermas a tratamiento adecuado”), inciso sobre el que nada dijo la abogacía del Estado.

En lo que se refiere a la medida consistente en el “sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación”, prevista en el núm. 5.º del art. 38.2.b) de la Ley 8/2008, el abogado del Estado consideró que el precepto imponía la vacunación obligatoria, lo que suponía una interferencia en las personas que afecta directamente al derecho garantizado por el art. 15 CE. Se trataría además de una medida irreversible y que se aparta de la actual Estrategia Nacional de Vacunación contra el COVID-19, acordada en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional Salud, que establece la voluntariedad de la vacunación contra esa enfermedad infecciosa. Aunque las representaciones procesales de la Xunta y del Parlamento de Galicia niegan que el precepto impugnado prevea la vacunación obligatoria, lo cierto es que, de su propio tenor literal y del contexto normativo, se infiere que la vacunación puede ser establecida con carácter obligatorio por las autoridades sanitarias autonómicas. En efecto, el número 5.º del art. 38.2.b) alude al “sometimiento” a medidas de prevención de la enfermedad transmisible, “incluida la vacunación”. La previsión debe ser puesta en relación con lo dispuesto en el art. 41.bis d) de la ley de salud de Galicia, que tipifica como infracción leve “la negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en la presente ley”. Esa negativa puede calificarse como infracción grave, de acuerdo con el art. 42.bis c), cuando pudiera “producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población”, e incluso, de conformidad con el art. 43.bis d), como infracción muy grave si ese riesgo o daño grave se considera “muy grave”.

El Tribunal Constitucional sostuvo que la vacunación obligatoria no era una medida preventiva expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y suponía una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que debería someterse a la vacunación si se adoptara esta medida, bajo pena de poder ser sancionado en caso de negativa injustificada a vacunarse. En consecuencia, en este caso, el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado sería susceptible de provocar perjuicios ciertos y efectivos que pueden resultar irreparables o de difícil reparación, en la medida en que la vacunación se impondría en contra de la voluntad del ciudadano. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional mantuvo la suspensión que afecta a lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 38.2.b) de la Ley 8/2008.

El abogado del Estado también solicitó mantener la suspensión de las medidas previstas en el núm. 6.º del art. 38.2.b) de la ley de salud de Galicia, referidas al control del entorno inmediato de las personas enfermas o de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas, así como de las zonas afectadas. Estimó que tales medidas preventivas suponían un gravamen de carácter irreversible para la libertad de circulación de los ciudadanos afectados, pues podían ser adoptadas sin sujeción a la necesaria autorización judicial.

El Tribunal Constitucional no apreció que el levantamiento de la suspensión de la vigencia de esta disposición pudiera deparar perjuicios de imposible o difícil reparación para el interés general. El propio precepto establece límites a la eventual adopción de las medidas que conlleven restricciones a los desplazamientos y agrupaciones de personas. Esas restricciones “nunca podrán ser absolutas, debiendo expresar con claridad y precisión los desplazamientos y agrupaciones que se restringen, actuando con preferencia sobre los desplazamientos y agrupaciones por razones meramente recreativas y de ocio”. Además, deberán en todo caso permitirse “aquellos desplazamientos y agrupaciones que se desarrollen por motivos esenciales o justificados compatibles con la protección de la salud, sin perjuicio, en su caso, de los controles o medidas de prevención adicionales que pudieran establecerse”. Por otra parte, al igual que el resto de medidas preventivas previstas en el art. 38.2, las consistentes en restricciones a los desplazamientos y agrupaciones de personas solo podrán adoptarse si se cumplen los requisitos que establece el art. 38.ter de la ley de salud de Galicia, lo que supone la exigencia de una motivación expresa que justifique la proporcionalidad de la medida adoptada en cada caso (art. 38.ter 3). Además, “la adopción de estas medidas requerirá la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable” (art. 38.ter 3, *in fine*). Por lo tanto, nada hay en el precepto impugnado que autorice a interpretar que se excluye la intervención judicial para el caso de que se adopten esas medidas. La eventual adopción de estas medidas preventivas y su ejecución quedan sujetas a los requisitos y límites que la Constitución impone. Por eso, el Tribunal Constitucional sí levantó la suspensión que afectaba al resto de lo dispuesto en el art. 38.2b) de esa ley.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 1975-2021, interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con el artículo único, apartado cinco, de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, en cuanto a la nueva re-

dación al art. 38.2 de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, del 20-7-2021, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_076/2021-1975ATC.pdf.



Derecho a la libertad personal. Ejecución de las penas privativas de la libertad. Pena de prisión permanente revisable. Principios de reeducación y de reinserción social. Derecho a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes. (España).

Antecedentes del caso: más de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV) y Mixto interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra varios apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.

Sostuvieron que la pena de prisión permanente revisable implicaba: a) la vulneración de la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE y en el art. 3 CEDH, porque su duración desmesurada puede producir en el penado intensos padecimientos psíquicos y un deterioro de su personalidad, y porque su carácter teóricamente revisable (desmentido por la indeterminación del criterio legalmente exigido para el acceso a su suspensión, el de reinserción) disipa en el interno toda esperanza factible de alcanzar la libertad y no excluye en absoluto la posibilidad de que acabe siendo una pena perpetua; b) la vulneración del derecho a la libertad personal garantizado en el art. 17.1 CE, en conexión con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, porque la regulación legal impide al tribunal sentenciador adecuar la reacción penal a las circunstancias del hecho y del culpable, pues establece una pena de imposición obligatoria, sin alternativa posible; c) la vulneración del derecho a la legalidad penal garantizado en el art. 25.1 CE, porque es socialmente innecesaria y jurídicamente indeterminada, pues su duración máxima depende de un criterio inseguro como es, a juicio de los recurrentes, el de reinserción, y porque no tiene previstos mecanismos de gradación interna, y d) la vulneración el mandato de resocialización del art. 25.2 CE, por establecer períodos mínimos de cumplimiento de una duración de 25 años y más, que resultan superiores a los que se suelen aplicar en el derecho comparado y que no se acomodan a los estándares de Naciones Unidas y del Comité para la prevención de la tortura del Consejo de Europa.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de España, por mayoría, desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra varios apartados del art. único de la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código Penal, que introdujo la pena de prisión permanente revisable.

1. La sentencia subrayó que la pena de prisión permanente revisable no era desproporcionada y, por eso, no vulneraba el derecho a la libertad personal del art. 17.1 de la Constitución, ni el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 de la Constitución, pues el cumplimiento, en un centro penitenciario, del período mínimo de 25 años —y de 28, 30 y 35 años en casos especiales de pluralidad de condenas, terrorismo y organización criminal— constituía una respuesta penal que no excedía de manera manifiesta la prevista en otros supuestos de delincuencia grave.

Consideró que tampoco se vulneraban los principios de reeducación y reinserción social proclamados como orientadores de la ejecución de las penas privativas de libertad en el art. 25.2 de la Constitución, porque su cumplimiento se verificará conforme a los parámetros de la Ley Orgánica General Penitenciaria y su normativa de desarrollo, que establecen un sistema individualizado en el que el tratamiento y el régimen penitenciarios que se aplican al condenado se adaptan a sus circunstancias personales y a su evolución personal. De esta manera, se cumplían los estándares europeos sobre el tratamiento para los condenados a penas perpetuas o de larga duración.

No obstante, el Tribunal Constitucional, tras un estudio en profundidad de los preceptos impugnados, declaró su constitucionalidad pero, al mismo tiempo, exigió una interpretación conforme a la Constitución en dos aspectos singulares: a) una vez concedida la libertad provisional, solo podrá revocarse si se vuelve a delinquir o infringir las prohibiciones y reglas de conducta establecidas en el auto de libertad condicional, y b) la revocación de la libertad condicional no impide que el penado pueda obtener, en un futuro, una nueva revisión de la pena, pues denegarle definitivamente toda expectativa de libertad sería incompatible con la Constitución.

Por otra parte, la sentencia explicó que la pena de prisión permanente no vulneraba el derecho fundamental a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes garantizado en el art. 15 de la Constitución, en la medida en que podía ser revisada, tras el cumplimiento de un período mínimo de 25 años en un centro penitenciario, mediante la concesión de la libertad condicional, siempre y cuando el condenado cumpliera las condiciones legales exigibles, esto es, buena conducta, estar clasificado en el tercer grado penitenciario y pronóstico positivo de comportamiento futuro en libertad.

En este sentido, la sentencia tomó en cuenta los pronunciamientos precedentes del propio Tribunal Constitucional, así como de la Corte Europea de Derechos Humanos, que consideraron la posibilidad de revisión de la pena como un factor determinante de su legitimidad.

2. La sentencia incluyó un voto particular formulado de manera conjunta por Juan Antonio Xiol Ríos y Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón. Consideraron que el recurso debería haber sido estimatorio y, por tanto, declarativo de la inconstitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

Sustentaron su posición favorable a la declaración de inconstitucionalidad de una pena privativa de libertad indeterminada y potencialmente indefectible de por vida como la que representa la pena permanente revisable en tres razones. La primera

se funda en la regla básica de justificación del sistema jurídico español, vinculada al constante perfeccionamiento de la democracia como proyecto civilizador unido en su esencia a la protección de los derechos humanos, cuyo eje central en el debate sobre las penas radica en su humanización (arts. 10.1 y 15 CE). Las dos siguientes se refieren a derechos y principios constitucionales informadores del *ius puniendi* estatal, como son el mandato de reinserción social (art. 25.2), del que se deriva la prohibición de penas potencialmente a perpetuidad; y los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), de los que se deriva la prohibición de penas temporalmente indeterminadas.

Además, los magistrados de la minoría argumentaron que la proyección de los principios de no limitación, de no regresión y de progresividad, interpretados en conjunto, se oponía a la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable. El principio de no limitación impide que la mera conformidad de esta pena con lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos garantice su constitucionalidad, ya que el estándar constitucional exige aceptar un nivel superior de protección de los derechos. El principio de no regresión, que proscribía el retorno peyorativo en el nivel de consolidación de los derechos sin razones extraordinarias que lo justifique, determina la inconstitucionalidad de esta pena, ya que no se justifica suficientemente, desde la perspectiva constitucional, el retorno a una pena que llevaba casi cien años desaparecida, y que durante casi cuarenta años de régimen democrático no había sido considerada necesaria por el legislador ni siquiera en contextos en que ciertos delitos de extrema gravedad parecían poner en peligro la paz social y la propia pervivencia del sistema constitucional. El principio de progresividad del mandato de reinserción social del art. 25.2 CE propicia la inconstitucionalidad de esta pena por su potencial perpetuidad, ya que este mandato está vinculado, en el derecho constitucional comparado, con la abolición expresa de este tipo de penas y funciona como previsión suficiente contra su reinstauración. Los magistrados también observaron, por último, que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional previa, la penas con límites máximos indeterminados vulneraba los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Este voto particular concluyó que la presencia de esta pena en la legislación penal era un elemento de objetivo empobrecimiento del sistema jurídico democrático español y un ejemplo de regresión civilizadora que lo convertía en una anomalía histórica y lo alejaba de los principios liberales en el cumplimiento de las penas. Igualmente, destacó que la madurez y grandeza de un Estado social y democrático de derecho también consistía en mostrarse resistente contra demandas sociales, supuestamente mayoritarias, de implantación de penas que materialmente suponían una regresión en la racionalidad del ordenamiento penal y en las cuotas de avance civilizador que implica la propia democracia.

En otro voto particular, el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón también expresó su discrepancia específica con la concreta regulación legal respecto de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, ya que

los requisitos exigidos determinan que la suspensión sea prácticamente inalcanzable para el condenado por el carácter inicialmente indeterminado de la pena, la duración e intensidad de la reacción penal que contempla y las dificultades que impone al mandato constitucional, según el cual las penas privativas de libertad deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados. En su opinión, el art. 92 CP, que exige rigurosas condiciones para suspender la pena, se aleja cuantitativamente de los modelos europeos y desatiende el mandato de resocialización expresamente recogido en la Constitución como principio orientador del sistema de penas privativas de libertad (art. 25.2 CE).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 3866-2015, promovido por más de cincuenta diputados contra los apartados veinticuatro, veinticinco, veintiséis, treinta y ocho, cincuenta y uno, setenta y ocho, doscientos treinta y cuatro, doscientos cincuenta y cinco, doscientos cincuenta y seis y doscientos cincuenta y siete del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, que da nueva redacción a los arts. 33.2 a), 35, 36, 76.1 e), 78 bis, 92, 140, 485.1, 605.1, 607.1.1º y 2º y 607 bis 2.1º del Código Penal, sentencia del 6-10-2021, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_098/2015-3866STC.pdf.



Derecho a la libre circulación y residencia. Ciudadanos de la Unión Europea. Principio de igualdad y no discriminación. Principio de seguridad jurídica. Derecho a la libertad y a la seguridad. (Bélgica).

Antecedentes del caso: los colegios de abogados francófono y germanófono y diversas organizaciones sin fines de lucro, como la Asociación por el Derecho de los Extranjeros y la Liga de los Derechos Humanos, solicitaron la nulidad de varias disposiciones de la ley del 24 de febrero de 2017, que modificó la ley del 15 de diciembre de 1980 sobre el acceso al territorio, la residencia, el establecimiento y la expulsión de extranjeros a fin de fortalecer la protección del orden público y la seguridad nacional. Impugnaron la norma que permite que el Estado belga imponga, a los ciudadanos de la Unión Europea y a sus familiares que hayan recibido la orden de abandonar el territorio nacional, medidas preventivas para evitar el riesgo de fuga. También reclamaron la anulación de la disposición que autoriza la detención hasta por ocho meses, a los fines de expulsión, de ciudadanos de la Unión Europea y miembros de su familia.

Los accionantes alegaron que las disposiciones impugnadas violaban el principio de igualdad y no discriminación (arts. 10 y 11 de la Constitución), en conjunto con el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión (arts. 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a la libertad y a la seguridad

(art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Argumentaron que la ley facultaba al Estado a introducir medidas preventivas y que no definía el concepto de “riesgo de fuga”.

Los accionantes también alegaron que las disposiciones impugnadas podían afectar a menores, pero no obligaban a las autoridades a considerar los intereses superiores de los menores. Además, señalaron que, al permitir la detención con fines de expulsión de ciudadanos de la Unión y sus familiares por un período máximo de ocho meses, la norma los trataba, sin ninguna justificación, como a nacionales de terceros países.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica resolvió anular la disposición que permite la detención hasta por ocho meses de ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares para garantizar la ejecución de una orden de abandonar el territorio. Observó que este período máximo de detención era el mismo que para nacionales de terceros países. Sostuvo que, en cuanto a la duración del procedimiento de expulsión, los ciudadanos de la Unión y sus familiares no estaban en una situación comparable a la de los nacionales de terceros países. Por lo tanto, concluyó que no había fundamentos para aplicar la misma duración máxima de la detención.

Sin embargo, la Corte Constitucional rechazó la solicitud de nulidad de la disposición que habilita al Estado a imponer, en los mismos supuestos, medidas preventivas para evitar el riesgo de fuga. Consideró que correspondía al Estado determinar estas medidas preventivas, siempre y cuando respetara ciertas condiciones: no puede imponer medidas más estrictas que las aplicables a los nacionales de terceros países y debe cumplir las exigencias impuestas por el art. 27 de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros).

En su sentencia n.º 112/2019, la Corte Constitucional ya se había pronunciado sobre la mayoría de los motivos invocados por los accionantes. Sin embargo, realizó dos consultas preliminares al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre ciertas disposiciones de la ley del 15 de diciembre de 1980, vinculadas con las medidas preventivas que se pueden adoptar en caso de riesgo de fuga y con la duración del período de detención de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondió a través de su sentencia del 22 de junio de 2021 (asunto C-718/19). Señaló que, en principio, la legislación europea no se oponía a la aplicación, a los ciudadanos de la Unión y a su familia y durante el plazo asignado para salir del territorio por razones de orden público, de medidas destinadas a evitar el riesgo de fuga que fueran similares a las aplicadas a nacionales de terceros países. Sin embargo, especificó que se debían cumplir dos condiciones: esas medidas no pueden ser menos favorables que las aplicables a los nacionales de terceros países y deben cumplir los principios generales establecidos en el art. 27 de la Directiva 2004/38 del

Parlamento Europeo y del Consejo. En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluyó que el derecho europeo era contrario a la aplicación, a ciudadanos de la Unión y a miembros de su familia, de una orden de detención con el fin de expulsarlos por un período máximo de ocho meses, es decir, una duración idéntica a la aplicable a los nacionales de otros países.

La Corte Constitucional se basó en esta decisión del Tribunal de Justicia para resolver el caso. Consideró que no había fundamentos para aplicar el mismo criterio, en cuanto a la duración del proceso de expulsión, para ciudadanos de la Unión y sus familiares que para nacionales de terceros países. Por lo tanto, concluyó que no debía aplicarles el mismo período de detención y anuló, en el artículo 44, *septies*, primer párrafo, último párrafo, de la ley del 15 de diciembre de 1980, la frase: “Si la protección del orden público o la seguridad nacional lo exige, la medida puede prorrogarse por un mes más cada vez sin que, no obstante, la duración total de la medida pueda superar los ocho meses”. Destacó que correspondía al legislador, en caso de estimar que el orden público o la seguridad lo requirieran, fijar una duración máxima para la prórroga del período de detención que cumpliera con los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia.

Además, la Corte Constitucional desestimó la acusación de los accionantes de que había habido una vulneración del principio de seguridad jurídica. Observó que la noción cuestionada de “riesgo de fuga” ya estaba definida en la ley del 15 de diciembre de 1980. La inserción de esta definición evita que se configure cualquier posible inseguridad jurídica.

Por otro lado, la Corte Constitucional consideró que las medidas cautelares a establecer por el Estado no podían consistir en una privación de libertad. Por lo tanto, el art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no eran aplicables.

En cuanto a otro de los planteos de los accionantes, la Corte Constitucional rechazó que las disposiciones impugnadas pudieran afectar a menores, pero no obligaran a las autoridades a considerarlos intereses superiores de ellos. La Corte señaló, en relación con tomar decisiones e implementar medidas previstas por las disposiciones cuestionadas, que el art. 22 bis, inc. 4, de la Constitución exigía tener en cuenta los intereses de los niños involucrados, incluso en ausencia de una disposición formal a tal efecto.

La Corte Constitucional desestimó el resto de los recursos presentados.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 187/2021, del 23-12-2021, en <https://www.const-court.be/public/f/2021/2021-187f.pdf>.



Derecho a la protección de los datos personales. Derecho al olvido. Derecho a la intimidad personal y familiar. Derecho al honor. Motores de búsqueda en internet. Derecho a la libertad de expresión. Interés público. (España).

Antecedentes del caso: un comerciante solicitó, ante la Agencia Española de Protección de Datos, la supresión de ciertos datos que descalificaban su actividad profesional y que habían sido publicados por terceros en portales de queja situados en los Estados Unidos. Desde España, se accedía a ellos a través del motor de búsqueda en internet Google con tan solo escribir su nombre y apellido. La directora de la Agencia Española de Protección de Datos emitió una resolución que amparaba la solicitud e instaba a Google a adoptar las medidas necesarias para que el nombre del hombre no fuera asociado en los resultados de su motor de búsqueda a tres direcciones de páginas de internet.

Sin embargo, el motor de búsqueda presentó un recurso contencioso-administrativo contra la resolución y la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la anuló. El comerciante apeló, pero la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo confirmó la sentencia anterior. Por último, el comerciante promovió un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y alegó que habían sido vulnerados el derecho a la protección de datos junto con el derecho al olvido, así como el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.

Sentencia: el pleno del Tribunal Constitucional de España, por mayoría, declaró inconstitucionales las sentencias que habían vulnerado el derecho a la protección de datos personales del recurrente, ya que no habían reconocido su derecho al olvido frente a informaciones difundidas por el motor de búsqueda Google.

El Tribunal Constitucional consideró que habían sido vulnerados el derecho a la protección de datos del art. 18.4 de la Constitución, en relación con el derecho al olvido del art. 17 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. Del mismo modo, recordó su doctrina sobre el reconocimiento del derecho al olvido, ya declarado en la STC 58/2018 vinculada con la hemeroteca de un diario digital. Además, decidió suprimir de la sentencia los datos de identidad del recurrente para hacer efectiva la resolución que había adoptado.

El Tribunal Constitucional analizó los límites del derecho al olvido, entre los que destacó el factor de la importancia pública de la noticia y el de su antigüedad. También examinó la responsabilidad de las empresas de motores de búsqueda en internet, que ponen a disposición de los internautas datos e informaciones contenidas en páginas de la red, y su obligación de eliminar esos enlaces cuando infrinjan la normativa española y de la Unión Europea en la materia.

En este caso concreto, el Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho fundamental que invocaba el recurrente, ya que los comentarios de descalificación de su actividad profesional, incluidos en las páginas de servidores fuera de la Unión

Europea, no cumplían los parámetros de interés público ni de corresponder a una fecha actual que justificase la conservación de los enlaces. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estimó la demanda, declaró la nulidad de las sentencias recurridas y no consideró necesario adoptar otras medidas de reparación del derecho.

Dos magistrados votaron, por la minoría, a favor de desestimar el recurso del comerciante. Consideraron, a diferencia de la mayoría, que debía prevalecer una concepción más amplia del interés público y de la idea de la formación de una opinión pública libre como elementos esenciales del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), que no quedara limitada solo a las cuestiones tradicionalmente relacionadas con la relevancia política y social. Señalaron que estos aspectos adquirirían una nueva dimensión en el contexto de las nuevas sociedades digitales y globalizadas y en el marco de la preocupación por los derechos de los consumidores y usuarios que participaban de relaciones comerciales asimétricas.

En este sentido, entendieron que declarar la prevalencia del derecho al olvido de un empresario frente a las críticas y denuncias de su desempeño profesional por una usuaria suponía una innecesaria e ilegítima injerencia en la libre circulación de ideas en internet. Agregaron que existían distintos mecanismos sociales equilibradores y soluciones alternativas, como la confrontación de pareceres entre prestadores de servicios y usuarios. Por esa razón, sostuvieron que quien participaba voluntariamente en el mercado como prestador de bienes y servicios debía asumir un nivel de tolerancia superior respecto del tratamiento de sus datos personales referidos a esa actividad cuando fuera criticado o censurado en ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los consumidores de sus bienes y los usuarios de sus servicios. Concluyeron que el Tribunal Constitucional debería haber establecido una jurisprudencia acorde con la realidad de los tiempos y los retos que la evolución social y tecnológica imponía al conflicto entre los derechos fundamentales al olvido y a la libertad de expresión

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo 5310-2020, promovido por don M. J. L. respecto de las sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que estimaron la impugnación de la resolución de la directora de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se instaba a Google, Inc., para que adoptara las medidas necesarias a fin de que el nombre del solicitante no se asociara en los resultados de su motor de búsqueda a tres direcciones de páginas de internet, sentencia 89/2022 del 29-6-2022, en <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2022-12753.pdf>.



Derecho a la salud. Acceso a un servicio público de calidad. Consentimiento informado. Derecho a la vida digna. Proyecto de vida. Derecho al debido proceso. Garantías judiciales. Motivación de la sentencia. (Ecuador).

Antecedentes del caso: en junio de 2017, Diana Cornejo Jaramillo y Édison Calahorrano Latorre, como padres del niño ECC, presentaron una acción de protección contra el doctor Diego Alarcón Rodríguez y Liliana Ruales Palma —accionistas de la Clínica La Primavera CEMPRICLINIC S. A.— y la pediatra Germania Tatés Cano (Caso 17203-2017-05423).

En la demanda, los accionantes alegaron la vulneración de los derechos a la salud, vida y proyecto de vida de ECC, derivada de la atención médica brindada antes, durante y después de su nacimiento. Argumentaron que la falta de implementación de mecanismos necesarios para la atención de emergencias en los partos y la aplicación de varias dosis del medicamento fentanilo habían causado una parálisis cerebral a ECC. Solicitaron la reparación integral por la vulneración de los derechos mencionados.

En julio de 2017, la jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito decidió inadmitir la acción propuesta por no cumplir con los requisitos y ser improcedente, conforme lo dispuesto en los arts. 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Los accionantes apelaron.

En octubre de 2017, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechazó el recurso por considerar que lo planteado era ajeno a la naturaleza de la acción de protección, y confirmó la sentencia apelada.

Algunos días después, los accionantes presentaron una acción extraordinaria de protección contra las mencionadas sentencias. En febrero de 2018, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la causa.

Sentencia: la Corte Constitucional del Ecuador declaró la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación por parte de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito y la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, y dejó sin efecto las dos sentencias. Sostuvo que, en primera instancia, la jueza había omitido responder a los cargos formulados por los accionantes y, en su lugar, había examinado los requisitos de procedencia de la acción extraordinaria de protección, para concluir que no era la vía adecuada. Agregó que, en tanto, los jueces de la sala de apelación habían omitido exteriorizar su razonamiento para concluir que no existían las pruebas suficientes respecto de los cargos presentados.

Como medida de reparación integral, la Corte Constitucional dispuso que la sentencia constituía en sí misma una forma de reparación y también el reemplazo de las sentencias dejadas sin efecto, lo que era una medida de cumplimiento obligatorio.

Por eso, una vez regresado el expediente, no se dictará una sentencia en sustitución de la dejada sin efecto.

Además, dispuso que el Consejo de la Judicatura difundiera esta sentencia, principalmente en lo respectivo a la naturaleza de la acción de protección contra particulares y su procedencia frente a la existencia de otras vías judiciales. Asimismo, aceptó la acción de protección planteada y declaró la vulneración del derecho a la salud en sus componentes de acceso a un servicio público de calidad y al consentimiento informado válido. Ordenó a Diego Alarcón disculparse públicamente ante los accionantes, en un periódico de circulación nacional, por haber incurrido en desinformación, como médico, en relación con los riesgos que implica un parto humanizado en niños prematuros, así como en cuanto al tratamiento del embarazo y el parto de Diana Cornejo en la Clínica La Primavera. También dispuso que el Ministerio de Salud Pública difundiera esta sentencia — principalmente en lo respectivo a la obtención de un consentimiento informado válido como un derecho de los pacientes— y que capacitara al personal médico de las instituciones públicas y privadas sobre la importancia del consentimiento informado válido y la confianza en la relación médico-paciente. Finalmente, ordenó a los accionados pagar a los accionantes una suma de dinero en concepto de reparación del daño inmaterial.

Para arribar a esta decisión, la Corte Constitucional analizó la procedencia de la acción de protección contra particulares que prestan servicios públicos impropios; el alcance de la acción de protección ante la existencia de otras vías judiciales; la presunta vulneración del derecho a la salud en su componente de acceso a un servicio público de calidad; la presunta vulneración del derecho a la salud en su componente de obtener un consentimiento válido informado, y la presunta vulneración del derecho a la vida digna. Respecto al cargo sobre la presunta vulneración al proyecto de vida, la Corte Constitucional consideró que se debía tomar en cuenta que el concepto de “proyecto de vida” no era un derecho autónomo, sino un componente para determinar el daño y fijar la reparación integral. Por ello, tuvo en cuenta las alegaciones de los accionantes sobre la afectación al proyecto de vida para determinar las medidas de reparación integral.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, acción extraordinaria de protección interpuesta por Diana Cornejo Jaramillo y Édison Calahorrano Latorre, Caso 2951-17-EP, sentencia 2951-17-EP/21, del 21-12-2021, en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidhODhIM2IzOC-0zYzRjLTRkNWMtYTM5ZS1mMmY2NTVhMzU2NmQucGRmJ30.



Derecho a la salud. Derecho a la protección de la salud, la asistencia social y la asistencia médica. Asistencia médica de extranjeros ilegales. Derecho al respeto de la vida privada. Principio de igualdad y no discriminación. (Bélgica).

Antecedentes del caso: diversas organizaciones sin fines de lucro solicitaron, ante la Corte Constitucional de Bélgica, la anulación del art. 5 de la ley del 29 de marzo de 2018 relativa a la asistencia médica de un extranjero que permanece ilegalmente en el país.

En términos de asistencia social, un extranjero que reside ilegalmente en Bélgica solo puede beneficiarse de asistencia médica urgente (art. 57, párr. 2, de la ley del 8 de julio de 1976 sobre la organización de los centros públicos de acción social). Esta ayuda es de carácter exclusivamente médico y el carácter urgente debe ser acreditado mediante un certificado médico (real decreto del 12 de diciembre de 1996 relativo a la asistencia médica de urgencia que conceden los centros públicos a los extranjeros que permanecen ilegalmente en el país). Antes de conceder la ayuda médica de emergencia, el centro público de acción social tiene que realizar una investigación social: la ayuda no corresponde si esta investigación revela que el interesado posee un seguro de salud u otros recursos.

El art. 5 de la ley del 29 de marzo de 2018 reforzó los controles regulatorios sobre la ayuda médica urgente mediante la creación del rol de médico supervisor dentro de la Caja Auxiliar del Seguro de Enfermedad e Invalidez (CAAMI, por sus siglas en francés). Además, la norma amplió las funciones de la CAAMI, que se encarga de tomar medidas en caso de fallas administrativas por parte de los proveedores de atención médica y en caso de pagos indebidos a esos mismos proveedores.

Las organizaciones sin fines de lucro demandantes argumentaron que correspondía al legislador garantizar el derecho a la protección de la salud, la asistencia social y la asistencia médica (art. 23 de la Constitución). Cuestionaron la disposición impugnada por encomendar al Poder Ejecutivo la tarea de determinar los controles que debía ejercer el médico supervisor y las sanciones que debía imponer en caso de incumplimiento de la normativa relativa a la asistencia médica urgente.

Además, las demandantes alegaron que la disposición impugnada infringía la obligación de suspensión asociada al derecho a la protección de la salud, la asistencia social y la asistencia médica.

Por otro lado, las demandantes también argumentaron que la norma cuestionada era discriminatoria porque restringía la libertad terapéutica y de diagnóstico de los médicos que trabajan en el marco de la asistencia médica urgente. Así, estos médicos recibirían un trato menos favorable que los que se desempeñan en otros ámbitos y no en la asistencia médica urgente.

Las organizaciones demandantes sostuvieron, por último, que la disposición impugnada autorizaba al médico supervisor a acceder a los datos personales relativos a la salud de los pacientes tratados y que, por lo tanto, vulneraba el derecho al respeto de la vida privada.

Sentencia: la Corte Constitucional de Bélgica rechazó el recurso de nulidad y resolvió que la norma impugnada era constitucional bajo ciertas condiciones. Consideró que el artículo cuestionado no encargaba al médico supervisor un control de legitimidad de la atención prestada en el marco de la asistencia médica urgente. Sostuvo que tampoco vulneraba el principio de evaluación soberana por parte del médico tratante, que, a partir de su responsabilidad ética, determina qué cuidados considera necesarios y urgentes. Observó que los controles dispuestos por la norma se limitaban al carácter exclusivamente médico de la ayuda, a la existencia de un certificado médico que acreditara la urgencia de la asistencia y a la existencia de una investigación social previa por parte del centro público de acción social.

En cuanto al derecho a la protección de la salud, la asistencia social y la asistencia médica, la Corte observó que el art. 23 de la Constitución no prohibía al legislador delegar facultades en el Poder Ejecutivo, siempre que se vincularan con la ejecución de medidas cuyo objeto hubiera sido determinado por el legislador. Destacó que las condiciones de concesión de la ayuda médica de emergencia habían sido establecidas por la ley del 8 de julio de 1976 y el decreto del 12 de diciembre de 1996. La CAAMI, y en particular el médico supervisor, son responsables de vigilar el cumplimiento de estas condiciones sin modificar ni su contenido ni su alcance y sin trastocar el principio de evaluación soberana del médico tratante, que, en razón de su responsabilidad ética, determina qué cuidados considera necesarios y urgentes. La disposición impugnada estableció que podrán imponerse sanciones en caso de incumplimiento administrativo por parte de los prestadores de asistencia sanitaria y en caso de pagos indebidos a esos mismos prestadores. También previó que las sanciones impliquen el no pago de la ayuda o la recuperación de los pagos indebidos. Además, la norma cuestionada facultó al Poder Ejecutivo para fijar los términos de las funciones del CAAMI y la condición del médico supervisor. La Corte concluyó que la disposición impugnada determinaba claramente la finalidad de las medidas que debía aplicar el Ejecutivo.

Del mismo modo, la Corte recordó que el art. 23 de la Constitución contenía una obligación de suspensión que prohibía al legislador competente reducir significativamente el grado de protección ofrecido por la legislación aplicable, sin la necesidad de que existieran razones de interés general para hacerlo. La Corte subrayó, en primer lugar, que la disposición impugnada no modificaba las condiciones de acceso a las ayudas médicas de emergencia. Además, indicó que esta norma no encomendaba al médico supervisor un control de legitimidad de la atención prestada en el contexto de la asistencia médica urgente y que tampoco vulneraba el principio de evaluación soberana por parte del médico tratante.

Por lo tanto, la Corte sostuvo que la norma cuestionada debía interpretarse en el sentido de establecer controles limitados al carácter exclusivamente médico de la ayuda, a la existencia de un certificado médico que acreditara la urgencia de la asistencia y a la existencia de una investigación social previa por parte del centro público de acción social. Además, el médico supervisor no puede restringir el alcance del derecho a la asistencia médica urgente. Bajo estas condiciones, la Corte consideró que la disposición impugnada no implicaba un retroceso significativo en el derecho a la protección de la salud, la asistencia social y la asistencia médica.

En relación con el argumento de las demandantes de que la norma cuestionada era discriminatoria por el trato menos favorable dado a los médicos que trabajan en el marco de la asistencia médica urgente, la Corte lo rechazó. Señaló que estos médicos se enfrentaban a pacientes que no disponían de recursos suficientes para poder acceder a otra clase de atención. Como esta ayuda médica está financiada exclusivamente por la comunidad, es razonable establecer un procedimiento de control más estricto que el previsto en otros contextos. En consecuencia, la Corte concluyó que la diferencia de trato denunciada estaba razonablemente justificada.

Otro punto planteado por las demandantes era que la facultad del médico supervisor de acceder a datos personales de los pacientes vulneraría el derecho al respeto de la vida privada. Sin embargo, la Corte consideró que la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada estaba justificada.

La Corte aseguró que la disposición impugnada establecía adecuadamente los elementos esenciales del control encomendado al médico supervisor. Además, perseguía un objetivo de interés general. En efecto, los controles previstos podían conducir a sanciones civiles destinadas a poner fin a una situación contraria a la ley. Estos controles son realizados solo por el médico supervisor, que está sometido al secreto profesional y a las normas éticas propias de su profesión.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia n.º 22/2022, del 10-2-2022, en <https://www.const-court.be/public/f/2022/2022-022f.pdf>.



Derecho a la salud. Derecho a la vida digna. Derecho a la identidad sexual. Mujer transgénero. Proceso de reasignación de sexo. Reserva del nombre de la actora en el texto de la sentencia. Cosa juzgada. (Colombia).

Antecedentes del caso: Cristina es una mujer transgénero que, desde la infancia, se identifica con el género femenino. En 2016, inició el tratamiento médico de afirmación de género, por lo que fue derivada a los servicios de endocrinología y psiquiatría. En diciembre de 2017, el médico tratante consideró que, previo a la realización de una orquiectomía bilateral (extirpación quirúrgica de los testículos), un grupo multidisciplinario debía revisar su caso y definir el tratamiento integral a realizar. En 2018, la accionante fue examinada por un grupo multidisciplinario de la Fundación Valle del Lili (endocrinología, psiquiatría y psicología), que verificó que se encontraba correctamente encaminada en el proceso de afirmación de género y le ordenó iniciar un tratamiento hormonal y solicitar una cita con cirugía plástica por la operación de reasignación de sexo. No obstante, los cirujanos plásticos de la Clínica de Género de la Fundación

Valle del Lili manifestaron no estar capacitados para realizar el procedimiento y recomendaron que la cirugía fuera realizada por Álvaro Hernán Rodríguez Rodríguez, especialista en cirugía plástica y reconstructiva que no estaba vinculado con la Entidad Promotora de Salud (EPS) de la accionante. Cristina pidió, a Coomeva EPS, Sinergia Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría de Salud Municipal de Cali y la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, la asignación de las citas médicas que le habían sido ordenadas para su adecuada transición y solicitó a la Fundación Valle del Lili que le autorizara la cirugía de reasignación de sexo con el doctor Rodríguez Rodríguez. Coomeva le informó que las cirugías requeridas no estaban cubiertas en el plan de beneficios de salud, ni podían solicitarse a través del aplicativo MIPRES (una herramienta tecnológica que permite a los profesionales de la salud reportar la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la unidad por capitación o servicios complementarios).

Cristina presentó una acción de tutela contra Coomeva EPS para que se ordenara autorizar el procedimiento de cambio de sexo en la Clínica de Género de la Fundación Valle del Lili, junto con las citas de endocrinología, psicología y psiquiatría de esa entidad, tratamiento con grupo multidisciplinario y cita de valoración con el doctor Rodríguez Rodríguez. Solicitó que se dispusiera lo necesario para el procedimiento de cambio de sexo y las cirugías de afirmación de género también con el mismo médico.

En junio de 2019, el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali amparó los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida digna de la actora y ordenó a Coomeva EPS autorizar a la Junta de Trastorno de Identidad de Género, en la Clínica de Género de la Fundación Valle del Lili, valorar e indicar el tratamiento médico idóneo para la accionante y autorizar las consultas con Rodríguez Rodríguez. Si Coomeva debiera prestar servicios no incluidos en el plan, se la autorizó a repetir contra la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Si bien la Clínica de Género de la Fundación Valle del Lili no tiene convenio con la demandada, la EPS debe cubrir los servicios requeridos por sus usuarios en instituciones que no pertenecen a su red de servicios, particularmente cuando los médicos de su red prescriben que la atención fuera prestada por determinada clínica y por el único cirujano en la ciudad de Cali con los conocimientos y la experiencia necesaria para realizar los procedimientos de reafirmación de género. En enero de 2020, el juzgado resolvió el primer incidente de desacato presentado por la actora (que adujo el incumplimiento por parte de la EPS Coomeva), pero consideró que la orden impartida se estaba ejecutando.

En enero de 2020, Cristina presentó una nueva acción de tutela contra Coomeva EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la identidad sexual y de género de las mujeres transgénero, dado que la entidad accionada no le había permitido realizar los procedimientos quirúrgicos para la reasignación de sexo. Coomeva EPS consideró que el servicio solicitado estaba excluido de la Resolución 244/2019 y no había sido ordenado de forma explícita en un fallo de tutela precedente. La actora solicitó al juez

constitucional que ordenara a la entidad accionada, de manera precisa y detallada, las cirugías de a) vaginoplastia para afirmación de género, b) mamoplastia de aumento o reconstrucción mamaria con dispositivo, c) feminización facial y d) los insumos y procedimientos complementarios de las cirugías mencionadas, como la hospitalización hasta por siete días, el set de modeladores vaginales, un kit de curación, medicamentos postquirúrgicos, analgesia postoperatoria, y que las valoraciones y procedimientos fueran realizadas por el médico Rodríguez Rodríguez, en la Clínica del Género, de la Fundación Valle del Lili.

En primera instancia, el Juzgado Veintidós Civil Municipal en Oralidad de Santiago de Cali denegó el amparo. Consideró que los procedimientos requeridos por los pacientes trans debían ir de la mano no solo del médico que practicaba las cirugías, sino también de un grupo multidisciplinario que realizara, evaluara y vigilara el proceso pre y postquirúrgico para asegurar su bienestar. Señaló que no podía referirse ni ordenar ningún acompañamiento médico multidisciplinario para la accionante, ya que ya había sido abordado, calificado y ordenado en la tutela anterior instaurada por la misma accionante. Cristina impugnó la decisión. En segunda instancia, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santiago de Cali confirmó la sentencia recurrida.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia dictada el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santiago de Cali, que confirmó la sentencia de primera instancia del Juzgado Veintidós Civil Municipal en Oralidad de la misma ciudad, y, en su lugar, tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la identidad sexual de Cristina.

La Corte Constitucional ordenó a Coomeva EPS citar a la junta multidisciplinaria de la Clínica de Género de la Fundación Valle del Lili para que se reúna, elabore y le presente el plan quirúrgico para la accionante, en el que prescriba, en detalle, todas las intervenciones quirúrgicas necesarias para concluir con su proceso de reasignación de sexo. Además, debe señalar cuáles de ellas se encuentran en el plan de beneficios de salud con cargo a la UPC y cuáles deben ser tramitadas a través del MIPRES, así como el calendario médico para desarrollar estas intervenciones. Asimismo, le ordenó autorizar y permitir realizar los procedimientos incluidos en el plan quirúrgico que la junta le presente. En todos los casos, deberá tener en cuenta las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades administrativas, debido a la crisis generada por la pandemia de COVID -19.

1. La Corte Constitucional ordenó reservar el nombre verdadero de la accionante por la información sensible que la sentencia contiene acerca de su estado de salud y su identidad sexual.

2. En primer lugar, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional debió determinar si estaba frente a un caso de cosa juzgada respecto de la acción de tutela decidida en junio de 2019 por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santiago de Cali.

La Sala advirtió que esa demanda presentaba identidad jurídica de partes y versaba sobre el mismo objeto, pues ambas acciones de tutela compartían las

pretensiones relativas a que se autorizaran los procedimientos quirúrgicos de reasignación de sexo y que fueran realizados por Rodríguez Rodríguez. Sin embargo, la Sala advirtió que, a la fecha de decidir, no existía un pronunciamiento de fondo sobre los procedimientos quirúrgicos requeridos por la actora para su proceso de afirmación de género. En efecto, la sentencia de 2019, específicamente, ordenó a Coomeva la conformación de un equipo multidisciplinario en la Clínica de Género para evaluar e indicar el tratamiento médico idóneo para Cristina y la autorización de las citas de valoración con el cirujano plástico Rodríguez Rodríguez, pero dejó de lado el análisis de fondo de la pretensión de la accionante, que buscaba el reconocimiento de las cirugías de vaginoplastia, mamoplastia de aumento o reconstrucción mamaria con dispositivo, feminización facial y de los insumos y procedimientos complementarios de tales cirugías.

En su precedente T-089/2019, la Corte Constitucional había señalado que no se configuraba la cosa juzgada en los casos en los que no existiera un pronunciamiento por parte del juez de tutela en torno al amparo o la negativa de derechos fundamentales que, según el demandante, continuaran siendo vulnerados. Si bien esta regla de decisión se tomó en el marco de un proceso de tutela en el que se determinó que la pretensión nunca se había incluido en el primer trámite de amparo y que, por lo tanto, no existía identidad de objeto entre el primer y el segundo proceso de tutela, es posible hacerla extensiva a este caso concreto. En esta oportunidad, la sentencia del primer proceso de tutela consideró que no procedía el estudio de la petición de las cirugías de reasignación de sexo por factores no imputables a la demandante. Además, Cristina señaló que aún persistía la vulneración de su derecho a la salud, dado que esa petición no estaba resuelta.

Por consiguiente, la Sala no encontró configurada la cosa juzgada y realizó un pronunciamiento de fondo sobre las cirugías de reasignación de sexo y afirmación de género solicitadas.

3. Respecto de la procedencia de la tutela, encontró cumplidos los requisitos de legitimación activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

4. La Sala observó que la acción de tutela procedía como mecanismo definitivo de protección, aun cuando podría acudir a las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud, ya que la accionante era un sujeto de especial protección constitucional, dadas las particularidades de su caso, sumado a las dificultades propias del trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud. Además, de acuerdo con el principio de libertad de escogencia, las EPS tienen la potestad de elegir las IPS con las que celebran convenios y el tipo de servicios de cada uno, a efectos de atender a sus usuarios. Sin embargo, excepcionalmente puede prestarse el servicio a través de una IPS sin convenio (cuando se trata de atención de urgencias, existe autorización expresa de la EPS o se encuentra demostrada su incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia para suministrar el servicio a través de sus IPS). Para que las personas transgénero puedan acceder a un procedimiento quirúrgico de reafirmación de identidad sexual y de género a través del sistema de salud, es necesario que sean valoradas por su médico tratante, es decir, la junta médico multidisciplinaria que se compone para hacer la valoración y seguimiento en cada caso concreto. Estos

especialistas deben ordenar, con base en la mejor experiencia médica disponible y en la historia clínica del interesado, los procedimientos concretos que necesita la persona, de acuerdo con su idoneidad física y mental, y sin poner en riesgo su integridad.

Conforme con lo anterior, y dado que la EPS no había permitido el acceso al servicio de salud, pues había impedido por más de dos años que la junta multidisciplinaria valorara a la accionante, la Sala Tercera de Revisión dispuso amparar sus derechos a la salud, a la vida digna y a la identidad sexual, a fin de que la EPS autorizara los procedimientos quirúrgicos necesarios y detallados en el plan quirúrgico que le debía presentar la junta multidisciplinaria.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Tercera de Revisión, acción de tutela interpuesta por Cristina c. Coomeva EPS, sentencia T-231/21, del 19-7-2021, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-231-21.htm>.



Derecho a la salud. Pandemia. Delito de poner en peligro la salud pública. Principio de legalidad. Principio de proporcionalidad. (Chile).

Antecedentes del caso: el art. 318 del Código Penal de Chile establece:

El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado.

El Ministerio Público acusó al requirente, en procedimiento ordinario, por tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, y también por el delito de poner en peligro la salud pública en pandemia (según el art. 318 del Código Penal), ya que no contaba con permiso para circular por la comuna de Lautaro durante la cuarentena. La causa penal quedó en manos del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco.

El requirente interpuso un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del art. 318 del Código Penal ante el Tribunal Constitucional de Chile. Mientras este tribunal decidía, la causa penal seguida ante

el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco quedaba pendiente.

Por su parte, el requirente alegó que la aplicación del art. 318 del Código Penal resultaba contraria al principio de legalidad, porque constituía una ley penal en blanco, abierta, que dejaba el núcleo de la conducta abandonado a una regla infralegal y no indicaba los datos que permitieran reconocer, a partir de la lectura, los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva que se sancionaba.

Agregó que la norma, en cuanto a la descripción de la conducta punible, no cumplía con los estándares de publicidad y conocimiento que permitían a la persona media saber con relativa certeza de su existencia y entender el contenido del comportamiento prohibido, en circunstancias en que la conducta era indeterminada y podía tener múltiples formas debido a las modificaciones de los reglamentos de salud.

El requirente concluyó que el artículo cuestionado implicaba un delito sin conducta, que no satisfacía las exigencias constitucionales de *lege scripta et certa*, pues no contenía acciones u omisiones típicas y antijurídicas que permitieran imputar un delito con certeza de que los potenciales infractores conocieran la norma.

A su vez, el Ministerio Público solicitó el rechazo del requerimiento. Argumentó que la norma cuestionada constituía una ley penal en blanco impropia, cuya remisión para describir la conducta punible se encontraba en una serie de reglas del Código Sanitario que establecen normas de conductas idóneas, adecuadas y pertinentes para enfrentar epidemias que pongan en riesgo la salud de la población. Sostuvo que, de este modo, se cumplía con las exigencias constitucionales del principio de legalidad.

Añadió que el artículo impugnado pertenecía a un sistema jurídico configurado con una serie de arreglos normativos, de carácter legal o incluso suprallegal, que estaban orientados a coordinar la reacción institucional ante la catástrofe manifestada por la propagación de un brote epidémico que importaba un riesgo relevante para la población, por lo que poseía el complemento normativo necesario.

Además, el Ministerio Público explicó que la ciudadanía en general, y en particular el imputado, debían conocer la prohibición de desplazarse por las comunas declaradas en cuarentena, ya que las resoluciones habían sido publicadas en el Diario Oficial y las restricciones habían sido informadas a la población a través de los medios masivos de comunicación.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Chile, en un fallo dividido, acogió el requerimiento y declaró inaplicable el art. 318 del Código Penal, que tipifica y sanciona como delito poner en peligro la salud pública en el contexto de una pandemia. Sostuvo que la norma impugnada infringía los principios de legalidad y de proporcionalidad.

La mayoría del Tribunal Constitucional observó que el art. 318 del Código Penal no especificaba cuál era el comportamiento concreto que podía “poner en peligro la salud pública” en un determinado contexto, por lo que infringía el principio constitucional de legalidad.

En tal sentido, precisó que, al contrario de lo que la Constitución prescribe, el legislador había delegado el establecimiento de la conducta en la autoridad

administrativa, a quien había habilitado para que, con posterioridad, dictara las reglas higiénicas o de salubridad susceptibles de infracción. El Tribunal Constitucional señaló que la garantía constitucional de legalidad penal se sustentaba en una separación de funciones entre autoridades, en la que el poder legislativo tenía la legitimidad para el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Por esa razón, la autoridad administrativa no está legitimada para ejercerlo mediante la amenaza de una sanción penal y a través de un precepto legal constitucionalmente defectuoso, como ocurrió en este caso.

En relación con esto, el Tribunal Constitucional advirtió que la norma impugnada tampoco se podía justificar en función de la flexibilidad de la autoridad sanitaria para regular el comportamiento de las personas con el fin de disminuir los riesgos generados por una situación excepcional de catástrofe. Argumentó que la regulación constitucional sobre estados de excepción no proporcionaba sustento alguno para que una autoridad administrativa o de gobierno pudiera ejercer funciones propias del legislador, como la facultad de incriminar a través de la definición de conductas punibles.

El Tribunal Constitucional sostuvo que el alto grado de discrecionalidad que este delito defectuosamente construido le abría a la autoridad al momento de su aplicación práctica (potenciado, además, por el contexto normativo variado y dinámico que caracterizaba la actual situación de emergencia) propiciaba un escenario de elevada inseguridad jurídica para los potenciales infractores, en general, y para el requirente en este caso, en particular.

Por último, señaló que la norma impugnada dejaba al arbitrio del Ministerio Público la determinación del procedimiento a aplicar, dado que la opción por uno u otro procedimiento dependería de la sanción que ese órgano solicitara, y no establecía ningún parámetro de razonabilidad exigible. Por eso, concluyó que el artículo cuestionado infringía, además, el principio de proporcionalidad.

Tres ministros conformaron la minoría y votaron por rechazar el requerimiento. Fundaron su decisión en que la determinación judicial de la responsabilidad penal, así como de la sanción aplicable, no dependía solo de lo solicitado por el Ministerio Público en su requerimiento, sino también de lo expuesto por la defensa del imputado, donde entraban en juego una serie de reglas atenuantes y agravantes. Agregaron que, además, el juez podía desechar la propuesta del Ministerio Público de seguir la tramitación conforme a ese procedimiento si no estaba suficientemente fundamentado, por lo que no existiría una infracción al principio de proporcionalidad.

Además, afirmaron que el requerimiento de inaplicabilidad no era la vía idónea para cuestionar la norma en esta materia, ya que el juez de fondo contaba con parámetros objetivos para ejercer una persecución penal proporcional.

Por otro lado, los ministros de la minoría sostuvieron que el núcleo esencial de la conducta sancionada sí estaba previsto en la ley, que indicaba al sujeto activo, el objeto sobre el cual recaía la conducta y el verbo rector. Al respecto, precisaron que las reglas higiénicas o de salubridad mencionadas en la norma habían sido debidamente publicadas en el Diario Oficial y que, en particular, las medidas referidas al toque de queda y la cuarentena habían sido difundidas por la autoridad sanitaria profusamente a través de los medios de comunicación masivos.

Concluyeron que era constitucionalmente admisible, como alternativa de política pública frente a los riesgos de control de la pandemia, imponer medidas que movilizaran el *ius puniendi* para la aplicación de normas penales y administrativas, indistinta o conjuntamente, con el fin de proteger la salud de la población y evitar la propagación del virus.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 2100447782-8, RIT N° 2-2022, Rol 12.721-2022, sentencia del 13-5-2022, en <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/05/185732-1.pdf>.



Derecho a la salud. Prestación de servicios privados de planes de salud en el marco de la pandemia de COVID-19. Derecho civil y comercial. Carácter federal. Derechos del consumidor. Contratos. Competencia. Principio de igualdad. Libre iniciativa. Acto jurídico perfecto. Defensa del consumidor. (Brasil).

Antecedentes del caso: La Unión Nacional de Instituciones de Autogestión de Salud y la Confederación Nacional de Empresas de Seguros Generales, Pensión Privada y Vida, Salud Complementaria y Capitalización presentaron dos acciones directas de inconstitucionalidad (ADI 6491 y 6538, respectivamente) ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil. Estas asociaciones cuestionaron una ley estadual de Paraíba que impide la interrupción de la prestación de los servicios privados de planes de salud, como consecuencia de la morosidad de los usuarios, durante el período de calamidad pública a raíz de la pandemia de COVID-19. Argumentaron que la ley vulneraba la competencia exclusiva de la Unión para legislar en materia de derecho civil, comercial y de seguros y que ya existía legislación federal al respecto. También consideraron que afectaba el principio de igualdad, la libre iniciativa, el acto jurídico perfecto y el derecho adquirido. Además, señalaron que correspondía a la Agencia Nacional de Salud Complementaria adoptar cualquier medida a nivel nacional para apoyar a los beneficiarios de planes y seguros de salud privados.

La Confederación Nacional de Empresas de Seguros Generales, Pensión Privada y Vida, Salud Complementaria y Capitalización, que ya había presentado demandas contra leyes similares en Río de Janeiro y Marañón, cuestionó la Ley n.º11735/2020 del estado de Paraíba. La norma también había sido impugnada por la Unión Nacional de Instituciones de Autogestión de Salud, por lo que ambas acciones fueron tratadas en conjunto.

La ley de Paraíba, además, prevé que, después del fin de la calamidad

pública, las compañías de seguros de salud, antes de interrumpir el servicio por mora, deben permitir que el consumidor pague la deuda en cuotas mensuales, sin intereses ni multas. Para garantizar su derecho, el usuario deberá acreditar, mediante documentación idónea, que no puede pagar la cuota mensual por hechos ocurridos durante la pandemia, tales como la reducción de sus ingresos mensuales o el desempleo involuntario. La norma estadual también prohíbe el ajuste anual del plan mientras esté vigente el estado de calamidad pública en Paraíba.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, declaró inconstitucional la ley del estado de Paraíba que prohíbe la suspensión de los planes de salud privados por incumplimiento de los usuarios durante la pandemia. La mayoría consideró que la norma invadía la competencia privativa de la Unión para legislar sobre contratos de seguros y planes de salud. De este modo, avaló los reclamos planteados por las dos acciones directas de inconstitucionalidad.

La mayoría acompañó el voto del relator del caso, Dias Toffoli, que entendió que la Ley n.º11735/2020 del estado de Paraíba interfería en la esencia de los contratos de planes de salud, previamente pactados entre las partes y regulados por normas federales, y en la competencia exclusiva de la Unión para legislar en materia de derecho civil, comercial y de seguros. Dias Toffoli observó que la ley de Paraíba establecía una especie de moratoria para los usuarios de los planes de salud, sin permitir el cobro de intereses y multas por demoras, y obligaba a los operadores a prestar servicios incluso al usuario moroso, pero no les permitía reajustar la cuota mensual. Señaló que se trataba de una intromisión en contratos ya pactados de acuerdo con leyes federales, con el fin de suspender la vigencia de cláusulas contractuales incluidas dentro del ámbito de la normalidad de los negocios jurídicos onerosos.

Dias Toffoli recordó que el Tribunal Supremo Federal ya había establecido, en otras ocasiones, que las normas aplicables a los contratos de seguros y planes de salud se encuadraban en el ámbito del derecho civil, comercial y de seguros, cuya competencia para legislar es exclusiva de la Unión. Remitió al art. 22 de la Constitución y a diversas leyes federales. Señaló que hay disciplinas que, por su naturaleza, deben mantener uniformidad en todo el territorio nacional, por lo que la Unión conserva un amplio rol en competencias privativas y ejerce la atribución de trazar las reglas generales en los casos en que comparte la competencia con otros entes del Estado.

Además, observó que la competencia legislativa concurrente en materia de defensa del consumidor, por más amplia que fuera, no autorizaba a los estados a intervenir o modificar normas relativas a relaciones contractuales, ya que esa atribución estaba incluida en la competencia de la Unión para legislar sobre derecho civil. Por lo tanto, remarcó que las leyes estaduais no podían alterar las relaciones contractuales establecidas entre los operadores de planes de salud y los usuarios ni crear obligaciones de prestación del servicio distintas a las acordadas entre las partes.

El relator agregó que muchas de las atribuciones discutidas correspondían, según normativa federal, a la Agencia Nacional de Salud Complementaria. Remitió

a la Ley n.º 9961/2000, que dispuso que es competencia de la agencia establecer las características generales de los instrumentos contractuales utilizados en las actividades de los prestadores de planes de salud, regular los mecanismos de uso de los servicios de salud, autorizar reajustes y revisiones de las contraprestaciones pecuniarias de los planes privados de salud y monitorear la evolución de los precios de estos planes y de los costos de los insumos y gastos de funcionamiento.

Del mismo modo, indicó que los hechos extraordinarios e imprevisibles que pudieran causar un desequilibrio en la ejecución de los contratos, como la pandemia, estaban regulados por el Código Civil en su art. 478, con reglas establecidas para evitar una excesiva onerosidad a los contratantes.

Además, consideró que la norma estadual se oponía a la libre iniciativa, ya que imponía una reducción en los ingresos de los operadores de planes de salud sin contrapartida y sin respetar el principio de igualdad, pues cargaba únicamente al sector de la salud con la obligación de compensar las pérdidas sufridas por los particulares como consecuencia de la pandemia. En este sentido, sostuvo que la sanción de la ley impugnada estaba vinculada con factores externos a la actividad económica afectada, es decir, las secuelas de una emergencia sanitaria internacional (que perjudicaban tanto a personas físicas como jurídicas), y que la obligación de mitigarlas no podía ser transferida solamente a uno u otro agente privado. También destacó que la ley estadual vulneraba otro principio, la garantía constitucional del acto jurídico perfecto, por la aplicación de los preceptos de la ley a contratos nuevos o preexistentes y por la alteración de la forma de ejecución de las obligaciones contraídas.

Por la minoría, solo votó el ministro Edson Fachin, que sostuvo la constitucionalidad de la ley del estado de Paraíba.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 6491 y 6538*, sentencia del 3-11-2021, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6491.pdf>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6538.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476240&ori=1>.



Derecho a la vida. Derecho a la libertad personal. Derecho a la autodeterminación. Derecho a morir. Protección de la vida humana. Solicitud de referéndum. Inadmisibilidad. (Italia).

Antecedentes del caso: en diciembre de 2021, la Oficina Central para el Referéndum, constituida en la Corte de Casación de Italia, declaró en una providencia que la solicitud de realización de un referéndum derogatorio titulado “Derogación parcial del art. 579 (homicidio del consenciente) del Código Penal italiano” se ajustaba a derecho. La solicitud se limitaba exclusivamente a la derogación de las

siguientes partes del artículo mencionado: a) las palabras “prisión de seis a quince años” del primer párrafo; b) la totalidad del segundo párrafo; c) las palabras “se aplican” del tercer párrafo. Tras recibir notificación de la providencia de la Corte de Casación, el presidente de la Corte Constitucional fijó una fecha en la Cámara del Consejo de Ministros para la consiguiente deliberación y ordenó que se notificara a los peticionarios y al presidente de ese Consejo.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró inadmisibile la solicitud de referéndum popular para la derogación de las referidas partes del art. 579 del Código Penal (homicidio del consenciente), declarada legítima por la Oficina Central para el Referéndum.

La Corte Constitucional sostuvo que el juicio de admisibilidad de la solicitud de un referéndum derogatorio buscaba comprobar la inexistencia de causas de inadmisibilidad relativas a las disposiciones objeto de la pregunta del referéndum, o a los requisitos de redacción de la pregunta del referéndum, deducibles de la interpretación lógico-sistemática de la Constitución en cuanto a homogeneidad, claridad y sencillez, exhaustividad, coherencia y adecuación a la consecución del objetivo perseguido.

A los efectos de esa comprobación, la Corte Constitucional observó que, en primer lugar, era necesario identificar el alcance de la pregunta, ya que la solicitud de referéndum era un acto sin motivación y, por lo tanto, el objetivo de los suscriptores del referéndum no debía deducirse de las declaraciones de los promotores, sino exclusivamente del objetivo incorporado en la pregunta, es decir, de su redacción y del impacto del referéndum en el marco jurídico de referencia.

La Corte Constitucional reiteró que el juicio de admisibilidad que debía realizar tenía, de acuerdo con su propia jurisprudencia, características específicas y autónomas. Sostuvo que, a efectos de apreciar la admisibilidad de la solicitud de referéndum, resultaba pertinente una evaluación preliminar e inevitablemente limitada de la relación entre el objeto de la pregunta y las normas constitucionales, para comprobar que la desaparición de una determinada disposición no supusiese un perjuicio global para la aplicación de un precepto constitucional.

La Corte Constitucional estimó que, en este caso, la pregunta del referéndum, referida al art. 579 CP, estaba estrechamente relacionada con el art. 580 CP, que incrimina la ayuda y la instigación al suicidio. Según la Corte Constitucional, ambas disposiciones reflejan la intención del legislador del Código Penal de 1930 de proteger la vida humana, incluso en los casos en que el titular del derecho pretenda renunciar a su vida, ya sea *manu alius* o *manu propria*, pero con la ayuda de terceros.

En este contexto, el art. 579 CP castiga, en particular en su primer párrafo, con penas de prisión de seis a quince años a quien cause la muerte de una persona con su consentimiento. De este modo, la norma excluye, implícita pero inequívocamente, que, en relación con el delito de homicidio, pueda operar la posibilidad del atenuante del consentimiento del ofendido, que presupone la disponibilidad del derecho lesionado (art. 50 CP). En consecuencia, la Corte Constitucional observó que la norma consagraría, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, la plena disponibilidad

de la vida por parte de cualquier persona capaz de dar un consentimiento válido a su propia muerte, sin ninguna referencia limitativa. El efecto de la legalización del homicidio del consenciente resultante de un voto afirmativo no se limitaría a causar, con su consentimiento, la muerte de una persona que padezca una enfermedad grave e irreversible. La “liberalización” del hecho prescindiría de las razones que pueden llevar a solicitar la propia muerte, que no necesariamente deberían estar vinculadas con una enfermedad de características particulares, sino que también podrían estar relacionadas con situaciones críticas de naturaleza totalmente distinta (emocional, familiar, social, económica, etc.), o incluso con elecciones que impliquen la aceptación de la propia muerte a manos de otros.

La Corte Constitucional remarcó que serían igualmente irrelevantes las condiciones del sujeto activo —que podría no ser un profesional de la salud—, así como las razones que lo motivan, las formas de expresión del consentimiento y los medios utilizados para causar la muerte (en efecto, el agente podría utilizar no solo fármacos que garanticen una muerte indolora, sino también armas u otros medios violentos). La Corte Constitucional observó que no se podía soslayar que las hipótesis de licitud podrían incluir también el caso del consentimiento prestado por error espontáneo.

En consecuencia, la Corte Constitucional sostuvo que era inaceptable el argumento —esgrimido por los promotores del referéndum y reiterado en la defensa de algunos de los intervinientes— de que la normativa debería ser reinterpretada a la luz del marco jurídico del que forma parte. Esa posición implica que, a los efectos de no castigar el homicidio de una persona que consiente, el consentimiento debería expresarse en las formas previstas en la Ley n.º 219/2017 (normas sobre el consentimiento informado y las disposiciones anticipadas de tratamiento) y en presencia de las condiciones en las que la Corte Constitucional, en su sentencia n.º 242/2019, resolvió que debe expresarse el consentimiento a la luz del marco jurídico del que forma parte. Dada la limitación de la relevancia penal del homicidio del consenciente a las únicas hipótesis expresamente indicadas en el actual art. 579.3 CP, nada autorizaría a considerar que la exención de responsabilidad queda sujeta al cumplimiento del “procedimiento medicalizado” previsto por la Ley n.º 219/2017 para la expresión o la revocación del consentimiento a un tratamiento terapéutico, o su rechazo.

La Corte Constitucional puntualizó que el derecho a la vida, reconocido implícitamente por el art. 2 de la Constitución, debía incluirse entre los derechos inviolables de la persona, es decir, entre los que ocupan una posición privilegiada en el sistema, en la medida en que pertenecen a la esencia de los valores constitucionales supremos. En efecto, conforma la matriz primaria de cualquier otro derecho individual constitucionalmente protegido, ya que es un derecho fundamental de la persona, explicitado en el art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La Corte Constitucional consideró que el legislador de 1930, a través de la disposición incriminatoria del art. 579 CP, pretendía proteger la vida humana como un bien inalienable también en función del interés que el Estado tenía en

la preservación de la vida de sus ciudadanos, pero que, actualmente, la *ratio* de protección de la disposición a la luz del cambio de marco constitucional consideraba a la persona humana como un valor en sí mismo, y no como un simple medio para la satisfacción de intereses colectivos.

La Corte Constitucional recordó que la incriminación del homicidio de la persona que consiente cumple (como la de la ayuda al suicidio) la finalidad de proteger el derecho a la vida, especialmente de las personas más débiles y vulnerables, frente a elecciones extremas e irreparables, vinculadas a situaciones, acaso momentáneas, de dificultad y sufrimiento, o incluso no suficientemente meditadas. Por lo tanto, cuando está en juego el bien de la vida humana, la libertad de autodeterminación nunca puede prevalecer incondicionalmente sobre las razones de protección del mismo bien, ya que siempre es necesario, desde el punto de vista constitucional, un acto de equilibrio para asegurar su protección mínima. En consecuencia, las normas que protegen la vida, como el art. 579 CP, no pueden ser derogadas pura y simplemente, porque de este modo fracasaría la protección de la vida en favor de la libertad de autodeterminación individual. Los reglamentos pueden ser modificados o sustituidos por otros por el legislador, pero no pueden ser derogados pura y simplemente, porque no se preservaría el nivel mínimo de protección exigido por las referencias constitucionales a las que están vinculados.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: el art. 579 del Código Penal italiano dispone: “1. Quien cause la muerte de un hombre con su consentimiento será castigado con una pena de prisión de seis a quince años. 2. No se aplican los agravantes indicados en el art. 61. 3. Se aplican las disposiciones relativas al homicidio si el hecho es cometido: 1) contra un menor de dieciocho años; 2) contra una persona con enfermedad mental o que se encuentre en un estado de deficiencia mental debido a otra enfermedad o al abuso de alcohol o estupefacientes; 3) contra una persona cuyo consentimiento ha sido obtenido por el culpable por medio de la violencia, la amenaza o la sugestión, u obtenido mediante engaño”.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 50 del 15-2-2022 en https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/03/pronuncia_50_2022.pdf.



Derecho a la vida. Derecho a la salud. Parto de alto riesgo. Parto domiciliario. Derecho a la intimidad. Derecho a la libertad personal. Audiencia previa. Derecho a la tutela judicial efectiva. (España).

Antecedentes del caso: C. P. estaba embarazada y se realizó los controles prenatales en el Hospital Universitario Central de Asturias, en Oviedo, España. Ella y su pareja, L. M. G. C., deseaban que su hija naciera en su propio domicilio.

Sin embargo, los responsables del Servicio de Salud del Principado de Asturias, sobre la base de los informes del Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario Central de Asturias, consideraron que se trataba de un parto de riesgo y se presentaron ante el Juzgado de Instrucción de guardia en Oviedo. En su solicitud, expusieron que, a pesar de las advertencias que habían formulado, la mujer y su pareja expresaban su deseo de tener un parto domiciliario con la asistencia de una partera. Los profesionales médicos indicaron que esa decisión ponía en inminente y grave peligro la vida del feto, por el riesgo de hipoxia fetal (deficiencia de oxígeno en la sangre) y de muerte intrauterina derivado del avanzado estado de la gestación (en ese momento, de 42 semanas y 3 días). El juzgado aceptó la solicitud y dispuso una medida judicial, que consistía en el “ingreso obligado de C. P. para la práctica, de ser preciso, de un parto inducido” en el hospital. C. P. y L. M. G. C. apelaron ante la Audiencia Provincial de Oviedo, que confirmó la resolución de primera instancia. Por lo tanto, luego de que el parto se iniciara de forma espontánea, la gestante fue conducida en ambulancia al Hospital Universitario. Allí dio a luz a su hija, tras la práctica de una cesárea por indicación médica, debido a las complicaciones que habían surgido.

En consecuencia, C. P., L. M. G. C. y la hija de ambos, menor de edad, presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional de España contra las decisiones del Juzgado de Instrucción de Oviedo y de la Audiencia Provincial de Oviedo. Alegaron que la medida judicial adoptada no estaba amparada en ningún precepto legal, que no estaba suficientemente motivada y que no se les había concedido audiencia previa a ellos como afectados.

Sentencia: el pleno del Tribunal Constitucional de España, por mayoría de ocho votos contra tres, desestimó el recurso de amparo.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional identificó los derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos: por un lado, los derechos a la libertad personal (art. 17.1 de la Constitución de España) y a la intimidad individual y familiar (art. 18.1 CE) de la parte demandante; y, por el otro, los derechos a la vida y a la salud del *nasciturus* (art. 15 CE). Si bien no existe una previsión legislativa específica para resolver este tipo de conflictos, las resoluciones judiciales de primera y segunda instancia acudieron a diversos preceptos que ofrecían una cobertura normativa razonable y habilitaban la adopción de una medida amparada en el deber jurídico de protección de un bien (art. 15 CE).

Además, el Tribunal Constitucional afirmó que, antes de adoptar una medida de este tipo, se debía conceder audiencia a los interesados, especialmente a la propia gestante, sin perjuicio de que, en este caso concreto, la urgencia de la situación hubiera justificado la omisión del trámite. Finalmente, consideró que la medida cuestionada resultaba constitucionalmente legítima, de acuerdo con el test de proporcionalidad inherente a cualquier decisión restrictiva de los derechos fundamentales. Los órganos judiciales motivaron suficientemente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, en función de las circunstancias concurrentes y de los diferentes derechos y bienes jurídicos analizados.

La sentencia contó con dos votos particulares concurrentes que estuvieron de acuerdo con la decisión adoptada, pero manifestaron ciertas diferencias. En el primero de ellos, la magistrada se opuso a que L. M. G. C., la pareja de la entonces gestante, tuviera legitimación para interponer el recurso de amparo. Además, señaló que era necesario contar con una normativa que regulara situaciones especiales como la que había motivado este caso.

En el segundo de los votos concurrentes, el magistrado se expresó a favor de la resolución dictada, pero destacó que, en este caso, las decisiones judiciales impugnadas no carecían de fundamento normativo, ya que habían considerado la existencia de un deber jurídico de protección de la vida en formación cuando la viabilidad del feto era innegable, debido al avanzado estado de gestación de la demandante. El magistrado indicó que ese fundamento normativo se encontraba en la vigente Ley Orgánica 2/2010, que busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses de la mujer y de la vida prenatal. Advirtió que, incluso, ese deber de protección era reconocible en la legislación penal, en cuanto estima típicas las conductas que, de forma intencionada o imprudente, causen al feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su desarrollo normal o provoque una grave tara física o psíquica (arts. 157 y 158 del Código Penal), lo que hubiera permitido activar el deber legal de proteger a los perjudicados por el delito.

Además, la sentencia contó con tres votos particulares discrepantes. Estos magistrados consideraron que el recurso debía ser admitido, ya que, si bien compartían la construcción doctrinal de la mayoría desde el punto de vista teórico, rechazaban la aplicación que se hacía de ese marco teórico a este caso concreto.

Los magistrados de la minoría sostuvieron que la medida adoptada por el Juzgado de Instrucción de Oviedo en la sentencia recurrida había implicado una privación de la libertad, llevada a cabo sin respetar las exigencias mínimas establecidas por el propio Tribunal Constitucional y por la Corte Europea de Derechos Humanos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano. En este sentido, observaron que la decisión de traslado e internación forzosa de la demandante, que en ese momento se encontraba en un estado avanzado de gestación, había sido adoptada sin escuchar a la mujer en ningún momento. La negativa a concederle una audiencia no podía excusarse por la urgencia de las circunstancias, dado que existían mecanismos legales suficientes para posibilitar esa audiencia aun en supuestos de extraordinaria urgencia y que podrían haberse seguido en este caso. Su omisión total constituye una quiebra de las garantías constitucionales esenciales. Cualquier limitación de derechos fundamentales de una persona, especialmente de derechos que entroncan directamente con la dignidad humana como la libertad personal o la intimidad, exige la observancia de unas garantías mínimas insoslayables, que configuran el ámbito esencial de la protección de los ciudadanos frente a los poderes públicos. El incumplimiento absoluto de estas garantías mínimas no solo revela una ausencia total de perspectiva de género, sino que también supone una quiebra de los derechos de la demandante a la libertad personal, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo promovido por don L. M. G. C., doña C. P., pareja del anterior, y doña V. G. P., hija menor de edad de los anteriores, contra los siguientes autos: (i) de 24 de abril y de 15 de mayo de 2019, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo, recaídos en diligencias indeterminadas núm. 801-2019, que respectivamente acordaron, el primero ordenar el “ingreso obligado” de doña C. P., en un centro hospitalario por razón de su embarazo, “para la práctica, de ser preciso, de parto inducido”, y el segundo desestimar la solicitud de nulidad de aquel formulada por los demandantes; y (ii) contra el de 31 de julio de 2019, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por aquellos contra las precedentes resoluciones, sentencia 66/2022 del 2-6-2022, en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29002>.



Derecho a la vida. Derecho a la salud. Vacunación de adolescentes de entre 12 y 17 años en el marco de la pandemia de COVID-19. Protección integral del menor de edad. Salud pública. Derecho a la educación. (Brasil).

Antecedentes del caso: en octubre de 2020, el Partido Socialista Brasileño, el Partido Comunista de Brasil, el Partido de los Trabajadores, el Partido Socialismo y Libertad y el partido Ciudadanía presentaron una acción por incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 756). Cuestionaron las políticas del Gobierno federal en relación con la adquisición de vacunas y el plan de inmunización contra el COVID-19.

En particular, solicitaron una medida cautelar respecto a la vacunación de adolescentes mayores a 12 años. Argumentaron que una nota técnica del Ministerio de Salud, que restringía la vacunación solamente a adolescentes de entre 12 y 17 años con comorbilidades, se basaba en premisas equivocadas y contradecía directamente la posición de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa), el Consejo Nacional de Salud y la Cámara Técnica del Plan Nacional de Inmunización del Ministerio de Salud. Alegaron, además, que esa decisión sanitaria incumplía el compromiso institucional del Gobierno federal de combatir la pandemia con acciones fundadas en datos técnicos avalados por los organismos especializados nacionales e internacionales.

En este sentido, los accionantes agregaron que la nota técnica mencionada ponía en riesgo significativamente los objetivos del Plan Operativo Nacional de Vacunación, ya que, a contramano de la evidencia científica, excluía al grupo etario de entre 12 y 17 años del cronograma de inmunizaciones. Aseguraron que, en cambio, el consenso entre los organismos sanitarios y los especialistas era que la ampliación de la cobertura de personas vacunadas permitiría combatir mejor la pandemia. También observaron que, además de garantizar los derechos a la vida y a la

salud y la protección integral del menor de edad, la inmunización de los adolescentes de entre 12 y 17 años facilitaría el retorno seguro a las clases presenciales en las escuelas y, por lo tanto, el respeto del derecho a la educación.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, confirmó la competencia de los estados, el Distrito Federal y los municipios para vacunar a adolescentes mayores de 12 años contra el COVID-19. De este modo, el tribunal avaló la decisión provisional del relator del caso, Ricardo Lewandowski, que había otorgado una medida cautelar en relación con la ADPF 756.

El ministro Lewandowski había concedido, el 21 de septiembre, la medida cautelar y establecido que la decisión de promover la inmunización de adolescentes de entre 12 y 17 años sin comorbilidades era competencia de los estados, el Distrito Federal y los municipios. El ministro señaló que, para llevar a cabo la inmunización, las entidades federativas debían considerar, bajo su exclusiva responsabilidad, las situaciones específicas que pudieran enfrentar y observar las precauciones y recomendaciones de los fabricantes de las vacunas, de Anvisa y de las autoridades médicas, así como el orden de prioridad de vacunación.

En este sentido, Lewandowski destacó que el pleno del Tribunal Supremo Federal ya había definido, a través de diversas sentencias, que las entidades federativas tenían competencia concurrente para adoptar las medidas necesarias con el fin de combatir la pandemia. Del mismo modo, aseguró que el cambio en la nota técnica del Ministerio de Salud, que ya no recomendaba la vacunación de adolescentes de 12 a 17 años sin comorbilidades, no se fundamentaba en evidencias académicas o científicas ni en análisis estratégicos.

En relación con eso, subrayó que el uso de la vacuna de Pfizer en adolescentes había sido aprobado tanto por Anvisa como por agencias de la Unión Europea, los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá y Australia, a lo que se sumaba las expresiones favorables de importantes organizaciones internacionales de salud. También destacó que, además de ser considerada importante por el Consejo Nacional de Secretarios de Salud y por el Consejo Nacional de Secretarías Municipales de Salud, la vacunación contra el COVID-19 había, según Anvisa, demostrado eficacia y seguridad en este grupo etario en estudios clínicos. Por lo tanto, concluyó que el Ministerio de Salud había adoptado una decisión intempestiva y aparentemente equivocada.

Por otro lado, Lewandowski destacó que la decisión sobre la inclusión o exclusión de los adolescentes entre los grupos que necesitaban ser vacunados debía tener en cuenta, de conformidad con la Ley 13979/2020, la evidencia científica y los análisis estratégicos en salud.

Además, el ministro remarcó la relevancia de la inmunización para facilitar el regreso de los adolescentes a las clases presenciales y garantizar el derecho a la educación, un derecho fundamental e impostergable de los individuos. Señaló que, de esta manera, también se aseguraba la protección integral del menor de edad. Precisó que, si las autoridades sanitarias locales decidieran vacunar a los adolescentes sin comorbilidades y adaptar el Plan Operativo Nacional de Vacunación a las realidades locales, debían explicar de forma adecuada la determinación y sus fundamentos, a

partir de datos científicos y de valoraciones estratégicas, especialmente en cuanto a la organización del regreso a las aulas en los diferentes niveles educativos.

El ministro resaltó que la salud, según la Constitución Federal, era un derecho de todos y un deber irrenunciable del Estado brasileño, y que debía ser garantizado mediante políticas públicas. También recordó que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal disponía que las decisiones administrativas vinculadas con la protección de la vida, la salud y el medio ambiente debían observar estándares, normas y criterios científicos y técnicos establecidos por organizaciones y entidades reconocidas nacional e internacionalmente.

La decisión fue unánime, con reservas del ministro Nunes Marques. Consideró que los estados, el Distrito Federal y los municipios podían asignar las vacunas como mejor les pareciera, pero que no le correspondía al Gobierno federal suplir un uso eventual por fuera de lo originalmente previsto.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADPF 756*, sentencia del 8-10-2021, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF756TPIoitava.pdf>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=474526&ori=1>.



Derecho a la vida privada y familiar. Extradición. Disposiciones de rechazo. Escocia. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: James Craig, el apelante, es un ciudadano británico que vive en Escocia. En mayo de 2017, el Gobierno de los Estados Unidos solicitó su extradición para juzgarlo por fraude con títulos valores. Lo denunciaron por haber publicado información falsa en Twitter para reducir el valor de las acciones de empresas con sede en Estados Unidos, con la intención de poder comprarlas él mismo y venderlas en condiciones ventajosas. Fue acusado de haber provocado pérdidas a los accionistas por más de 1,6 millones de dólares. Además, existen pruebas de que una de las cuentas que utilizaba para comprar acciones estaba a nombre de su novia y registrada en su domicilio en Escocia.

El proceso para determinar si una persona debe ser extraditada del Reino Unido se encuentra regido por la Ley de Extradición, de 2003. A través de la Ley sobre los Delitos y los Tribunales, de 2013, el Parlamento incorporó a la ley de 2003 una serie de disposiciones llamadas “disposiciones de prohibición de foro”, destinadas a impedir la extradición de una persona cuando los delitos cometidos podían ser juzgados justa y eficazmente en el Reino Unido, y cuando no resultaba de interés para la Justicia que fuera extraditada. El art. 61 de la Ley sobre los Delitos y los Tribunales establece que las disposiciones de prohibición de foro entran en vigencia cuando el secretario de Estado lo ordena. El secretario de Estado lo ordenó en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte en octubre de 2013, pero no en Escocia.

Craig pretendía ampararse en las disposiciones de prohibición de foro contra el proceso de extradición. A tal fin, interpuso una demanda ante el defensor general (General Advocate) y los ministros de Escocia, donde alegó que el secretario de Estado había actuado en forma ilegítima al no haber ordenado la entrada en vigencia de las disposiciones de prohibición de foro en Escocia.

En diciembre de 2018, la Sala Externa del Tribunal Superior de Justicia en lo Civil de Escocia hizo lugar a la pretensión de Craig y resolvió que, si el Gobierno del Reino Unido seguía postergando la entrada en vigencia en Escocia de las disposiciones de rechazo de foro relativas a la extradición, estaría actuando ilegítimamente y en contra de sus obligaciones presentes en el art. 61 de la Ley sobre los Delitos y los Tribunales.

No obstante, el Gobierno del Reino Unido solo cumplió con la decisión en septiembre de 2021. Mientras tanto, el procurador general (Lord Advocate), que se ocupa de llevar adelante los procesos de extradición en Escocia, avanzaba con el proceso de extradición contra Craig.

En julio de 2019, un juez de primera instancia resolvió que no existían disposiciones de prohibición que impidieran la extradición de Craig conforme a la Ley de Extradición, y que esta norma era compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos. El juez remitió la cuestión a los ministros de Escocia, que, en septiembre de 2019, declararon que Craig debía ser extraditado a los Estados Unidos.

Craig apeló ante el Tribunal Superior de Justicia en lo Penal de Escocia, pero no tuvo éxito. Por eso, llevó su pretensión ante la Corte Suprema del Reino Unido.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido admitió la apelación en forma unánime y ordenó que se celebrara una nueva audiencia de extradición ante otro juez de primera instancia, para que Craig pudiera ampararse en las disposiciones de prohibición de foro (junto con cualquier otro argumento que le resultara útil).

El art. 57.2 de la Ley de Escocia de 1998 establece que “un miembro del Gobierno escocés” no puede realizar actos incompatibles con los derechos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. Por lo tanto, el procurador general no puede llevar adelante un proceso de extradición contra Craig y los ministros de Escocia no poseen la facultad para ordenar su extradición.

La Corte consideró que no estaba en debate que la extradición de Craig pudiera interferir en su derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado en el art. 8.1. Esa interferencia podría justificarse, sin embargo, en virtud del art. 8.2 si fuera “conforme a la ley”, si persiguiera un “objetivo legítimo” y si fuera “necesaria en una sociedad democrática”. Para satisfacer el primer requerimiento, la interferencia debe ocurrir en conformidad con el derecho interno, y el derecho interno debe cumplir con los requerimientos del Estado de derecho, a fin de brindar una protección legal adecuada frente a la arbitrariedad. Este es un requisito absoluto y el Poder Ejecutivo no tiene margen de discrecionalidad para cumplirlo.

En consecuencia, la Corte Suprema consideró que la interferencia con los derechos consagrados en el art. 8.1 no había sido “conforme a la ley” en términos del

art. 8.2. Además, la orden de la Sala Externa de diciembre de 2018 fue expresada en tiempo presente, lo que demostraba que el secretario de Estado “seguía violando” el art. 61 de la Ley sobre los Delitos y los Tribunales al no implementar la entrada en vigencia de las disposiciones de prohibición de foro. El secretario de Estado tenía la obligación de actuar en conformidad con esa orden y su incumplimiento fue ilegítimo.

El proceso de extradición de Craig, por lo tanto, no cumplió con el art. 61 de la Ley sobre los Delitos y los Tribunales, lo que no está justificado por el hecho de que la orden efectuada por la Sala Externa fuera de naturaleza meramente declaratoria y no coercitiva.

La Corte Suprema señaló que se encontraba firmemente establecido que existía una expectativa clara de que el Gobierno cumpliera con las órdenes declarativas. De acuerdo con esa expectativa, los tribunales generalmente no dictan órdenes coercitivas contra el Gobierno, sino ordenes de naturaleza declaratoria. Este es uno de los principios fundamentales de la Constitución y es vital para la confianza mutua que subyace a la relación entre el Gobierno y los tribunales.

En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que el proceso de extradición de Craig no había sido llevado adelante “conforme a la ley” y era incompatible con sus derechos protegidos en virtud del art. 8 de la Convención Europea y que, por lo tanto, la orden de extradición en su contra resultaba inválida.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, *Craig (Appellant) v Her Majesty's Advocate (for the Government of the United States of America) and another (Respondents) (Scotland)*, sentencia del 23-2-22, en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2022/6.html>.



Derechos al buen nombre y honra. Presunción de inocencia. Derecho a la libertad de expresión. Derecho a denunciar delitos sexuales. Mujer víctima de violencia sexual. Sujeto de especial protección constitucional. Publicación en redes sociales: carácter de discurso especialmente protegido. Flexibilización de los principios de veracidad e imparcialidad. (Colombia).

Antecedentes del caso: Amanda y César compartían una relación de amistad desde 2017 y, esporádicamente, tenían encuentros sexuales. En agosto de 2019, se encontraron en la universidad en la que estudian, consumieron alcohol y otras sustancias, luego fueron a la casa de César y mantuvieron relaciones sexuales.

Unos días después, Amanda le reprochó a César por sus relaciones con otras mujeres, a lo que él respondió que ella era “conocida por su activa vida sexual” y que no debía hacerle reclamos al respecto. Aseguró que, en ese momento, Amanda le advirtió que se arrepentiría por haberla tratado de esa manera. Dos meses después,

Amanda le dijo que él la había violado y abusado de su estado de inconsciencia. César sostuvo que la relación había sido consentida y producto del estado en que se encontraban por la ingesta de alcohol y otras sustancias, tal como había ocurrido en ocasiones anteriores. Manifestó que había intentado hablar con Amanda para pedirle disculpas por haberla tratado mal y ofenderla, pero sin resultado. En enero de 2020, Amanda pegó unos panfletos en los muros de la universidad en la que estudian y lo denunció públicamente como abusador sexual. César acudió a los directivos de la universidad, quienes se abstuvieron de involucrarse en el problema y le recomendaron acudir a las vías judiciales correspondientes. En mayo de 2020, Amanda realizó una publicación en su perfil de Facebook que permitía que fuera identificado plenamente, lo denunció públicamente como un abusador del que las mujeres debían cuidarse y adujo que había otras seis mujeres que también habían sido víctimas de sus acosos. Adicionalmente, en esa publicación Amanda afirmó que había presentado una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

César interpuso una acción de tutela contra Amanda. Consideró desconocidos sus derechos fundamentales, dado que ella había realizado publicaciones injuriosas en sus redes sociales, en las que cuestionaba su buen nombre, imagen y honra y lo acusaba de abusador sexual, a pesar de que no existía ninguna prueba de esas afirmaciones, ni mucho menos una sentencia que lo hubiera condenado penalmente. Solicitó que se ordenara a la accionada retirar la publicación en cuestión, rectificar la información y pedirle excusas públicas.

Amanda manifestó que no era cierto que las relaciones sexuales hubieran sido consentidas. Afirmó que específicamente le había manifestado a César que no deseaba tener este tipo de relaciones con él ese día y que él había abusado del estado de debilidad en el que se encontraba. Adicionalmente, explicó que, en conversaciones posteriores que tuvieron, él le pidió perdón por los hechos denunciados y afirmó que nunca había aducido alguna clase de malentendido.

El Juzgado Noveno Civil Municipal de Manizales, en instancia única, decidió conceder el amparo iusfundamental pretendido por el accionante y ordenar a Amanda que retirara las publicaciones. Le advirtió que se abstuviera de incurrir en conductas similares en el futuro y que, en el caso de incumplir la orden, se le impondrían las sanciones pertinentes y, si correspondiera, se solicitaría a la plataforma web que removiera las publicaciones de internet. Fundó la decisión en que se había afectado el buen nombre del actor que, si bien había sido denunciado penalmente por la accionada como autor del delito de acceso carnal violento o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, este proceso aún estaba en trámite. Por eso, consideró que el hecho de que la publicación de la actora lo mostrara como culpable creaba una sanción o reproche social sobre el actor, sin que se hubiera desvirtuado judicialmente su presunción de inocencia, lo que afectaba en última medida los derechos del accionante.

A pesar de que obtuvo una sentencia favorable, el actor presentó un escrito de impugnación, en el cual aseveró que la accionada seguía realizando publicaciones en Facebook que también debían ser objeto del pronunciamiento judicial. El recurso fue rechazado por extemporáneo.

El caso fue escogido por la Sala de Selección Dos para su revisión.

Sentencia: la Corte Constitucional de Colombia revocó la sentencia del Juzgado Noveno Civil Municipal de Manizales —Caldas— y denegó el amparo *iusfundamental* invocado por César contra Amanda.

La Sala encontró que la tutela era formalmente procedente. Sostuvo que se cumplían los requisitos de legitimación pasiva porque, a pesar de que se trataba de un amparo en contra de un particular, el actor estaba en condición de indefensión respecto de la publicación realizada en los términos de la jurisprudencia. También entendió que se cumplían los requisitos de subsidiariedad, en razón de que la acción penal y la reparación civil como mecanismos de protección carecían de la capacidad de garantizarle al actor la defensa de los derechos que reclamaba a través de esta acción.

En relación con el fondo de lo solicitado, la Sala estimó que, tras una ponderación de los intereses en tensión (de un lado, el buen nombre y honra del actor y, de otro, la libertad de expresión de la accionada en su condición de presunta víctima de un delito sexual), era necesario entender que, a pesar de que el actor debe ser concebido como un particular que no tiene la carga de tolerar exposiciones y críticas públicas, la afectación que pueda llegar a sufrir por la publicación realizada es inferior al menoscabo que padecería la accionada si se limitara su posibilidad de denunciar los hechos de los que afirma haber sido víctima. Esta postura se funda en que: a) la accionada es sujeto de especial protección constitucional por su condición de mujer que presuntamente fue víctima de violencia sexual; b) la publicación objeto del litigio tiene el carácter de discurso especialmente protegido, en cuanto comporta un asunto de especial importancia para la sociedad (en tanto discurso de interés público y político) como las reivindicaciones sociales por los derechos de las mujeres y la lucha contra la violencia de género, y c) las víctimas de un delito tienen el derecho a denunciar libre y públicamente los hechos que padecieron, pues los principios de veracidad e imparcialidad que deben permear toda publicación de información se entienden flexibilizados en razón de que la víctima se expresa desde su experiencia personal y el pleno convencimiento de que los hechos denunciados le significaron un daño concreto y, por lo tanto, debe presumirse que actúa de buena fe.

La publicación en cuestión también genera una restricción indebida en la presunción de buena fe de la accionada (relativa a que su denuncia se basa en los hechos que afirma haber vivido), así como en la garantía de sus derechos como presunta víctima (en cuanto se le negaría esa condición).

Por lo expuesto, la Corte Constitucional estimó necesario revocar la decisión de instancia del Juzgado Noveno Civil Municipal de Manizales, que había concedido la protección solicitada por César, y denegó el amparo *iusfundamental* invocado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Novena de Revisión, acción de tutela interpuesta por el ciudadano César contra la ciudadana Amanda, sentencia T-289/21, del 27-8-2021, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-289-21.htm>.



Derecho al olvido. Derecho a la información. Derecho al respeto de la vida privada. Derecho a la intimidad. Derecho a la protección de los datos personales. Motores de búsqueda en internet. Solicitud de eliminación de URL y copias caché. (Italia).

Antecedentes del caso: fundándose en el derecho al olvido, D. B. solicitó, a dos sociedades gestoras de un motor de búsqueda en internet, la eliminación de los resultados de las búsquedas referentes a noticias que lo vinculaban con un hecho judicial que, en el pasado, había sido objeto de gran interés mediático. Tras la negativa de las compañías a eliminar las URL, D. B. recurrió a la autoridad garante para la protección de los datos personales, que acogió el recurso y ordenó a las sociedades la eliminación de las URL indicadas y la supresión de las copias caché de las páginas accesibles mediante las URL.

Las sociedades recurrieron ante el Tribunal de Milán y solicitaron la anulación de la decisión de la autoridad garante. El tribunal desestimó el recurso, pues consideró, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la tutela de los derechos fundamentales de la persona prevalecían sobre el interés económico de las recurrentes y sobre el interés del público en acceder a informaciones del pasado simplemente digitando el nombre de una persona en el motor de búsqueda.

Las sociedades interpusieron un recurso ante la Corte de Casación de Italia para impugnar la sentencia del Tribunal de Milán de acuerdo con cinco motivos. Alegaron principalmente que el tribunal había apoyado una interpretación del derecho al olvido que favorecía excesivamente al involucrado en detrimento de otros intereses, como el de terceros a acceder a las páginas web con fines diferentes a una verificación de las vicisitudes judiciales de D. B. En particular, cuestionaron la parte de la sentencia que disponía la eliminación definitiva de las URL y su copia caché de las correspondientes páginas de internet. Asimismo, sostuvieron que la medida adoptada las obligaba a realizar una actividad de control continuo, a fin de evitar que las URL eliminadas no fueran indexadas nuevamente y que las páginas correspondientes a las caché no fueran puestas a disposición bajo nuevas URL. Invocaron el art. 15 de la Directiva 2000/31/CE, según el cual, en la prestación de servicios telemáticos, el prestador no está sujeto a una obligación general de control de las informaciones que transmite y memoriza, ni a un deber de búsqueda activa en relación con hechos o circunstancias que indiquen la presencia de actividades ilícitas.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia hizo lugar al quinto motivo y desestimó los demás. Revocó la sentencia recurrida y devolvió las actuaciones al Tribunal de Milán.

La Corte de Casación se detuvo ampliamente en el concepto y en la *ratio* de la desindexación, es decir, la práctica que evita que el nombre de una persona sea asociado, por el motor de búsqueda, a hechos registrados en internet. La desindexación permite evitar que las búsquedas efectuadas a partir del nombre de una determinada persona puedan conducir a resultados vinculados con ámbitos de su vida pasada que,

sin embargo, no pueden ser totalmente ocultados porque representan un interés para la colectividad.

La Corte de Casación recordó que la desindexación se relaciona con el derecho al borrado de datos y que el derecho al olvido también está vinculado con el derecho a no volver a ver publicadas noticias difundidas en el pasado cuando ha transcurrido un cierto tiempo entre la primera y la segunda publicación. Además, en cuanto al uso de internet y a la disponibilidad de noticias en la red, es necesario situar la publicación, aparecida legítimamente muchos años antes, en el contexto actual. En un mundo caracterizado por la presencia de internet, en el que la información es confiada a un soporte informático, siempre pueden encontrarse noticias años después de que se produjeron los hechos que impulsaron su difusión original.

En este sentido, la desindexación apoya el derecho de la persona a no ser encontrada fácilmente en la red, pues pretende excluir las acciones de búsqueda que, a partir del nombre de la persona, revelen áreas de su vida privada que están relacionadas con acontecimientos que pueden seguir siendo de interés. De este modo, se puede impedir que el internauta, que desconoce la implicación de la persona en los hechos en cuestión, encuentre la noticia relevante, por razones fortuitas o porque lo motiva la curiosidad por conocer aspectos de la vida pasada de otros de los que la red aún tiene memoria.

En efecto, la inclusión en la lista de resultados puede constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación misma por parte del editor de esa página. La desindexación se refiere, pues, a la identidad digital del sujeto, ya que la lista de resultados que aparece en correspondencia con el nombre de la persona proporciona una representación de la identidad que tiene en internet.

A este respecto, la Corte de Casación observó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había señalado que la organización y la agregación de la información publicada en internet, realizada por los motores de búsqueda para facilitar el acceso de sus usuarios a esa información, podían provocar que esos usuarios, al realizar su búsqueda a partir del nombre de una persona física, obtuvieran, a través de la lista de resultados, una visión de conjunto de la información relativa a esa persona y un perfil más o menos detallado de ella. En otras palabras, la actividad del motor de búsqueda afectaría los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos. Sin embargo, dado que la supresión de los enlaces de la lista de resultados podría tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas, debe establecerse un equilibrio justo entre ese interés y los derechos fundamentales del involucrado, derivados de los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En consecuencia, la Corte de Casación consideró fundamental establecer un equilibrio entre el interés del individuo en ser olvidado y el interés de la colectividad en ser informada, que se relaciona con el interés de los medios de comunicación en informar. Esa aspiración de equilibrio impregna todo el ámbito del derecho al olvido, del que el derecho a la desindexación es una expresión. En este sentido, la Corte de Casación recordó que, en el ámbito de la evocación histórica, a través de la prensa, de hechos y acontecimientos relativos al pasado, era obligación del juez evaluar el

interés público concreto y actual en la mención de los elementos identificatorios de las personas que habían protagonizado esos hechos y acontecimientos. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos postuló un equilibrio justo entre el derecho al respeto de la vida privada (art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) y el derecho a la libertad de expresión (art. 10 de la misma convención), que incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir o difundir informaciones o ideas. Por eso, la Corte Europea identificó criterios precisos para ponderar los derechos concurrentes: la contribución de la noticia a un debate de interés general; el grado de notoriedad del tema; la materia de la noticia; la conducta previa del interesado; la forma de obtener la información; su veracidad, y el contenido, la forma y las consecuencias de la publicación.

La Corte de Casación destacó que, mediante la desindexación, la información no se elimina de la web, sino que puede recuperarse llegando a la página que la alberga (llamada sitio fuente) o mediante otros métodos de búsqueda, como el uso de diferentes palabras clave. Lo que se discute es, en realidad, el derecho del interesado a que la información deje de estar vinculada con su nombre en base una lista de resultados que aparece tras una búsqueda. En otras palabras, la desindexación tiene que ver con la duración y la facilidad del acceso a los datos, no con su mero almacenamiento en internet.

La Corte de Casación sostuvo, en jurisprudencia reciente, que el equilibrio entre el derecho de la colectividad a ser informada y a preservar la memoria del hecho histórico y el del titular de los datos personales a no sufrir un menoscabo indebido de su imagen social podía satisfacerse garantizando la permanencia del artículo de prensa sobre los acontecimientos del pasado, a condición de que fuera desindexado de los sitios generales. Además, señaló que la protección consiste en no estar expuesto ilimitadamente a una representación desactualizada de la propia persona en perjuicio de su reputación y confidencialidad, debido a la reedición, tras un intervalo de tiempo significativo, de una noticia relacionada con hechos pasados.

La Corte de Casación señaló que, en este caso, no estaba en discusión la legitimidad de la desindexación, sino que se impugnaba la decisión del Tribunal de Milán que había considerado legítima la orden de la autoridad garante de eliminar las copias en caché de las páginas de internet accesibles a través de las URL de los artículos de prensa. Las copias en caché de los sitios de internet indexados permiten a los motores de búsqueda ofrecer una respuesta más rápida y eficaz a las consultas realizadas por los usuarios con una o varias palabras clave. El borrado de estas copias impide que el motor de búsqueda, en un futuro inmediato, pueda hacer uso de esas copias para indexar los contenidos a través de palabras clave diferentes a la correspondiente al nombre del interesado. La anulación impide, además, la utilización de nuevas copias en caché equivalentes, en la medida en que se considera que esa orden tiene el contenido de un “requerimiento dinámico”, por lo que se extiende su alcance a todas las copias que el buscador pueda realizar en el futuro.

La Corte de Casación sostuvo que la desindexación era capaz de lograr el equilibrio buscado. En efecto, así se salvaguarda el interés en el conocimiento de la información relativa al hecho a través del acceso al sitio, o a su copia, que se

realiza a través de otras claves de búsqueda; pero, al mismo tiempo, se protege la esfera personal del sujeto implicado en el asunto, ya que la desindexación impide que el internauta pueda conocer el hecho histórico como consecuencia de una búsqueda nominativa que tenga por objeto otros resultados o que esté animada por la mera curiosidad en aspectos de la vida ajena que el interesado desea mantener en secreto.

La Corte de Casación sostuvo que, si es teóricamente concebible la adopción de una medida más radical que impida o dificulte en la práctica que el motor de búsqueda dirija al usuario a las noticias de la web, independientemente de las claves de búsqueda que se utilicen, es necesario que el resultado refleje un balance preciso de los intereses contrapuestos. En particular, los derechos fundamentales de la persona deben prevalecer sobre la libertad de información relativa al acontecimiento que puede justificar una medida respecto de este contenido. Según la Recomendación CM/Rec(2012)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos en relación con los motores de búsqueda, el filtrado y el bloqueo de contenidos de internet por parte de los proveedores de motores de búsqueda conlleva el riesgo de violación de la libertad de expresión (garantizada por el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos en lo que respecta a los derechos de los proveedores y usuarios a distribuir y acceder a la información).

En la sentencia recurrida, el Tribunal de Milán había señalado que la medida adoptada por la autoridad garante se ajustaba a los principios rectores del Reglamento (UE) 2016/679, que prevé el derecho a la supresión extensiva de los datos personales en curso de tratamiento. Esto postulaba una especie de automatismo entre la desindexación del nombre y el borrado de los datos (las copias caché). Sin embargo, la Corte de Casación sostuvo que, en realidad, ese reglamento era inaplicable al litigio en cuestión y que, ante la solicitud de supresión de las copias caché, la necesidad de sopesar los intereses contrapuestos seguía siendo fundamental. Observó que el acto de ponderación a realizar en este caso no coincidía con el que opera a los fines de la desindexación, ya que el posible sacrificio del derecho a la información no se refiere a una noticia a la que se puede llegar a través de una búsqueda realizada a partir del nombre de la persona, sino a la noticia en sí, ya que se puede llegar a ella a través de cualquier palabra clave diferente. En otras palabras, el derecho a la información está siempre vinculado con la actividad del motor de búsqueda utilizado por el usuario, pero en función de la capacidad residual de este para dirigirse a la información a través de distintas y ulteriores modalidades de búsqueda. En la medida en que, mediante la orden de supresión de las copias en caché, se excluye o dificulta la capacidad del buscador para recuperar la información mediante el uso de palabras clave, surge la necesidad de una ponderación que considere no ya el interés en que el nombre de la persona sea disociado por el buscador de la información en cuestión, sino el interés en que esa información no sea encontrada mediante ningún otro criterio de consulta.

Dado que en el caso examinado se trataba de artículos periodísticos y de otros contenidos relativos a un asunto judicial, no solo era necesario tomar en cuenta los datos personales de D. B. y verificar el interés en conocer las investigaciones

que lo concernían, sino también, en un sentido más amplio, el interés en continuar informados sobre la noticia en su conjunto, tal como se puede acceder a ella a través de la actividad del motor de búsqueda.

Por todo ello, la Corte de Casación concluyó que la supresión de las copias caché relativas a una información accesible a través de un motor de búsqueda, en la medida en que afectaba la capacidad de ese motor de proporcionar una respuesta a la consulta realizada por el usuario mediante una o varias palabras clave, exigía un balance entre el derecho al olvido del interesado y el derecho relativo a la difusión y a la obtención de la información mediante palabras clave, incluso distintas al nombre de la persona.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 3952 del 8-2-2022, en <https://www.avvocatocivilista.net/contenuto.php?id=19340&redirected=50b46c3d5a1be3f58ea09d12a91f8dca>.



Derecho al respeto de la vida privada. Solicitud de pasaporte sin categorización de género. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: La Oficina de Pasaportes de Su Majestad (HMPO por sus siglas en inglés) es la dependencia del Ministerio del Interior encargada de emitir pasaportes y tratar asuntos relacionados. Una de sus políticas establece que, cuando una persona solicita un pasaporte, debe declarar en el formulario de solicitud si su género es masculino o femenino. En caso de no declarar el género, se selecciona el que figura en la documentación respaldatoria presentada al momento de la solicitud. El pasaporte se emite con un registro del género del titular como masculino (“M”) o femenino (“F”). Las personas transgénero (que, para este fin, se definen como aquellas que han adquirido un género, ya sea masculino o femenino, que es diferente del registrado al momento de su nacimiento) pueden obtener el pasaporte si informan el género adquirido a través de la presentación de un certificado de reconocimiento de género, un certificado de nacimiento donde conste el nuevo género o la carta de un médico.

La apelante nació mujer, pero se identifica como persona sin género. En 1995, contactó a la Autoridad de Pasaportes del Reino Unido (antecesora de la HMPO) para consultar si era posible obtener un pasaporte sin declarar si su género era masculino o femenino. Le informaron que no era posible. Ante la negativa, la accionante solicitó y obtuvo un pasaporte que registraba su género como femenino. En 2005, 2010 y 2016, volvió a realizar la misma consulta y los resultados fueron similares.

En 2014, la HMPO llevó adelante una revisión interna del sistema de identificación de género en los pasaportes. Advirtió que había habido muy pocas solicitudes de pasaporte con identificación para personas sin género (“X”) además

de la de la apelante y que la legislación del Reino Unido, incluso la vinculada con discriminación e igualdad, categorizaba a todos los individuos como masculinos o femeninos. La HMPO declaró que reconocer un tercer género habría aislado a la oficina del resto del Gobierno y de la sociedad y habría generado gastos administrativos por 2 millones de libras esterlinas. El Gobierno reiteró estos puntos al considerar la cuestión en 2016.

La apelante alegó que la política empleada por la HMPO violaba el derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya sea que se lo considerara en forma aislada o junto con la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 de ese cuerpo normativo.

El Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales y el Tribunal de Apelación rechazaron su pretensión.

La apelante interpuso un recurso ante la Corte Suprema del Reino Unido.

Sentencia: la Corte Suprema del Reino Unido desestimó la apelación en forma unánime.

En cuanto a si la política de la HMPO violaba las obligaciones del Reino Unido conforme la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte Suprema consideró que no existían fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos que establecieran la obligación de reconocer una categoría de género distinta de masculino o femenino, ni que exigiesen a la secretaria de Estado emitir pasaportes sin una previa indicación de género. De hecho, no parece haber ningún caso ante la Corte Europea relativo a la aplicación de la Convención a individuos que se identifiquen como personas sin género.

De acuerdo con los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Europea, la Corte Suprema del Reino Unido determinó que no había habido violación de los derechos de la apelante consagrados en la Convención. El grado de perjuicio impuesto a la accionante, atribuible a la falta de disponibilidad de un pasaporte marcado con “X” en la categoría de género, no resulta tan grave como el sufrido por los solicitantes ante la Corte Europea en los casos en los que la apelante fundó su pretensión.

El interés de la apelante en obtener un pasaporte marcado con “X” en la categoría de género se ve superado por las consideraciones relativas al interés público planteadas por la secretaria de Estado, incluida la importancia de que el Gobierno mantenga un enfoque coherente respecto de la cuestión de si deberían reconocerse otras categorías de género más allá de masculino y femenino y, de ser así, en qué circunstancias. Resulta evidente que, al respecto, la Corte Europea otorga a los Estados miembros de la Convención un margen elevado de flexibilidad, en función de la ausencia de consenso entre los Estados miembros, la complejidad y sensibilidad de la cuestión y la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses privados y públicos contrapuestos.

El abogado de la apelante alegó que, si bien la Corte Europea probablemente llegaría a la conclusión de que no existía una violación de la Convención, los

tribunales nacionales debían resolver, de todas formas, que la secretaria de Estado tenía la obligación, conforme a la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act*, 1998) del Reino Unido, de otorgarle a la accionante un pasaporte marcado con “X” en la categoría de género y que no hacerlo constituiría una violación a sus derechos, consagrados en la Convención. Para ello, se fundó en los comentarios del fallo *In re G (Adopción: parejas unidas en matrimonio)*, resuelto por la Corte Suprema en 2008. En cuanto a esta referencia, la Corte Suprema consideró que esos comentarios no eran vinculantes y que eran inconsistentes con las circunstancias particulares del caso.

La Corte Suprema del Reino Unido consideró que el interrogante acerca de si los derechos de la apelante consagrados en la Convención habían sido violados constituía una cuestión que la Corte Europea había respondido por sí misma. Explicó que, cuando la Corte Europea decidió que no había habido violación de la Convención por considerar que el Estado en cuestión había actuado dentro del “margen de apreciación” otorgado, el tribunal europeo no cedía a los Estados miembros la función de interpretar la Convención, ni le otorgaba a los tribunales nacionales la función de decidir si la cuestión debía ser resuelta por el Poder Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial. Los Estados pueden crear derechos que vayan más allá de los protegidos por la Convención, y su facultad para hacerlo existe en forma independiente de la Convención y está sujeta a los propios principios constitucionales de cada Estado. Según estos principios, como ocurre en el Reino Unido, el proceso de sanción de las leyes es, por lo general, una función del Poder Legislativo.

Interpretar que la Ley de Derechos Humanos otorga a los jueces el derecho de buscar violaciones a los derechos consagrados en la Convención, incluso en los casos en los que la Corte Europea establece que el derecho del Reino Unido concuerda con la Convención, constituiría una sustancial expansión de los poderes constitucionales del Poder Judicial a expensas del Parlamento. La Corte Suprema consideró altamente improbable que el Parlamento hubiera tenido la intención de provocar tal grado de injerencia en la soberanía parlamentaria al momento de sancionar la Ley de Derechos Humanos.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, *PROY-CSUK R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2021] UKSC*, sentencia del 15-12-2021, en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2021/56.html>.



Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Derecho penal. Expulsión de un ciudadano extranjero condenado. Reforma de la normativa pertinente. (Italia).

Antecedentes del caso: el juez de vigilancia de Macerata ordenó la expulsión del ciudadano extranjero N. B. C. como sanción alternativa a la detención, de

conformidad con lo dispuesto en el art. 16.5 del Decreto Legislativo n.º 286/1998 (decreto). El condenado, por su parte, impugnó la medida ante el Tribunal de Vigilancia de Ancona, que confirmó la decisión del juez de Macerata por entender que no existían motivos que obstaran a adoptar esa medida.

N. B. C. interpuso un recurso ante la Corte de Casación. Alegó una infracción de la ley y que el Tribunal de Vigilancia no había tenido en cuenta la circunstancia de que él vivía desde hacía doce años en Italia, donde también vivían su mujer y su hijo en forma permanente y perfectamente integrados al país, y que no tenía ninguna relación con su país natal. Añadió que no había podido renovar su permiso de residencia —que le había sido concedido por motivos familiares— debido a la contingencia de la situación.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia anuló el auto recurrido y dispuso la devolución de las actuaciones al Tribunal de Vigilancia de Ancona para que adoptara una nueva decisión.

La Corte de Casación sostuvo que la expulsión del extranjero condenado y detenido, prevista en el art. 16.5 del decreto, constituía una medida alternativa a la detención y destinada a evitar el hacinamiento en las prisiones, y cuya adopción era obligatoria en virtud de las condiciones establecidas por la ley. En efecto, la expulsión podía ser ordenada en presencia de una de las siguientes condiciones: a) si el detenido extranjero hubiera entrado en el territorio del Estado evadiendo los controles fronterizos sin haber sido rechazado en virtud del art. 10 del decreto; b) si hubiera sido detenido en el territorio del Estado en ausencia de la comunicación a la que se refiere el art. 27.1-bis, o sin haber solicitado un permiso de residencia dentro del plazo establecido, salvo que el retraso se hubiera debido a causas de fuerza mayor, o cuando el permiso de residencia hubiera sido revocado, anulado o denegado o hubiera expirado más de sesenta días antes y no se hubiera solicitado su renovación, o si el extranjero hubiera permanecido en el territorio del Estado en infracción del art. 1.3 de la Ley n.º 68/2007, y c) si hubiera pertenecido a una de las categorías indicadas en los arts. 1, 4 y 16 del Decreto Legislativo n.º 159/2011.

Por otra parte, la Corte de Casación recordó que, según la jurisprudencia constitucional, la expulsión, al ser una medida administrativa, en la fase de aplicación debía estar acompañada por las garantías que amparan a la expulsión regulada por el decreto. El objetivo es que el juez de vigilancia, antes de dictar la expulsión, pueda recabar, de los órganos policiales, cualquier tipo de información útil para constatar la subsistencia de los presupuestos y condiciones que legitiman la expulsión.

La Corte de Casación recordó que, entre las situaciones que impedían la adopción de la medida de expulsión, estaba la convivencia con parientes hasta el segundo grado o con el cónyuge de nacionalidad italiana —equiparable interpretativamente a la convivencia *more uxorio* con un ciudadano italiano— a la luz de la paridad del contrato de convivencia con el matrimonio civil, según lo previsto en la Ley n.º 76/2016.

Por otra parte, la Corte de Casación observó que, en su jurisprudencia, habían coexistido por mucho tiempo dos orientaciones parcialmente divergentes. En efecto,

la más rigurosa, imperante en el pasado, sostenía que las causas que impedían la expulsión prevista en el art. 16.9 del decreto eran de carácter excepcional y, por lo tanto, no podían ser objeto de aplicación analógica. En consecuencia, a efectos de la aplicación de la medida en cuestión, no eran pertinentes los vínculos familiares distintos a los expresamente previstos en el art. 19.2, letra c), del decreto. Por lo tanto, según esta orientación, los únicos vínculos relevantes eran los de convivencia con parientes hasta el segundo grado o con el cónyuge de nacionalidad italiana.

En otros pronunciamientos, por el contrario, se había establecido que, a efectos de aplicar la expulsión del extranjero como medida alternativa a la prisión, el juez de Vigilancia no debía limitarse a comprobar la inexistencia de las condiciones previstas en el decreto. Además, a partir de la información que obtuviera, debía ponderar, cuidadosa y motivadamente, la peligrosidad concreta y real del extranjero en relación con su situación familiar general, a la luz de la naturaleza y la eficacia de los vínculos familiares, la duración de su permanencia en Italia y la existencia de vínculos familiares, culturales y sociales con el país de origen.

No obstante, la Corte de Casación sostuvo que el dilema hermenéutico referido debía reconsiderarse a la luz de la modificación normativa introducida por el Decreto Legislativo n.º 130/2020, a su vez modificado por la Ley n.º 173/2020 (disposiciones urgentes en materia de inmigración, protección internacional y complementaria; modificaciones de los arts. 131-bis, 391-bis, 391-ter y 588 del Código Penal, y medidas relativas a la prohibición de acceso a los establecimientos y lugares de ocio público, a la lucha contra el uso distorsionado de la web y de regulación del defensor nacional de los derechos de las personas privadas de su libertad personal). La ley que modificó el decreto indicó, como causa obstativa de la expulsión, la existencia de razones fundadas que lleven a pensar que la expulsión del territorio nacional implica una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, a menos que no sea necesario por razones de seguridad nacional, orden público y seguridad, o protección de la salud de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y añadió que, a efectos de evaluar el riesgo de violación mencionado, se considerará la naturaleza y la eficacia de los vínculos familiares del interesado, su efectiva integración social en Italia, la duración de su estancia en el territorio nacional, así como la existencia de vínculos familiares, culturales o sociales con su país de origen.

El legislador estableció que, al evaluar la adopción de la medida de expulsión en virtud del decreto, la autoridad judicial debía tener en cuenta las consecuencias que produciría en la vida privada y familiar del condenado y, por lo tanto, reconoció la relevancia, entre otras cosas, de los vínculos afectivos que no entran en las hipótesis tipificadas en la letra c) del art. 19.2 del decreto.

La Corte de Casación concluyó que el acto impugnado era ilegal porque las circunstancias invocadas resultaban adecuadas para impedir, al menos potencialmente, la adopción de la medida de expulsión, ya que (incluso en ausencia de convivencia con parientes en posesión de la ciudadanía italiana) suponían una vulneración del derecho del recurrente al respeto de la esfera familiar y social.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia del 7-10-2021 n.º 36513, en https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7Bee748d03-c109-4d4b-81b9-0c75e-d0cce12%7D_cassazione-penale-sentenza-36513-2021.pdf?_ga=2.214894743.1468771394.1643290355-971688383.1559049468&_gl=1%2Avylk-cq%2A_ga%2AOTcxNjg4MzgzLjE1NTkwNDk0Njg.%2A_ga_B95LYZ7CD4%2AMTY0MzI5MDMxOS4xLjEuMTY0MzI5MTAwMi4w.



Derecho ambiental. Daño ambiental. Derecho al debido proceso legal. Derecho a la defensa. Derecho a una investigación justa y racional. Discriminación arbitraria. (Chile).

Antecedentes del caso: el 5 de julio de 2018, ocurrió una fuga masiva de salmones de un centro de engorde perteneciente a la salmonera Mowi Chile, una empresa de capitales noruegos. Se calcula que aproximadamente 690 mil ejemplares escaparon. La compañía informó del hecho a las autoridades ese mismo día e inició el procedimiento de captura de los animales. Si bien Mowi Chile comunicó haber recuperado 232 852 peces, pues contó también los que no tenían cabeza o vísceras, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura sostuvo que solo 38 286 ejemplares fueron capturados (un 5,54 % del total de los que escaparon).

En agosto de 2020, Mowi Chile fue multada por la Superintendencia del Medio Ambiente por más de 5 millones de pesos chilenos a raíz de la fuga de salmones. La superintendencia argumentó que la empresa no había logrado capturar una cantidad mínima de peces, tal como exigía la ley. Además, en noviembre del mismo año, el Consejo de Defensa del Estado demandó a la compañía, ante el Tercer Tribunal Ambiental, por el escape de los salmones y reclamó la reparación del daño ambiental producido. Sin embargo, Mowi Chile afirmó que la fuga masiva no había provocado ningún daño ambiental.

El 26 de marzo de 2021, Mowi Chile presentó, ante el Tribunal Constitucional de Chile, un requerimiento de inaplicabilidad respecto del art. 118, *quater*, de la Ley General de Pesca y Acuicultura (Ley n.º 18892). Ese artículo señala: “en caso de escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o el desprendimiento o pérdida de recursos hidrobiológicos exóticos en sistemas extensivos, se presumirá que existe daño ambiental de conformidad con la Ley n.º 19300 si el titular del centro no captura como mínimo el 10 % de los ejemplares en el plazo de 30 días contado desde el evento, prorrogables por una vez en los mismos términos”.

La empresa alegó que el recuento de los ejemplares capturados que había realizado el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura era incorrecto y que, en realidad, había logrado recuperar un porcentaje mucho mayor, superior al 10 %.

Además, Mowi Chile reclamó que tanto la Superintendencia del Medio Ambiente al sancionar, como el Consejo de Defensa del Estado al demandar,

pretendían sustraerse de probar todos los elementos de la responsabilidad de la compañía. Agregó que daban por acreditado el daño única y exclusivamente en virtud de la aplicación de la presunción del art. 118, *quater*, mencionado y que, a su vez, declaraban ese daño ambiental como irreparable y calificaban la infracción como gravísima, con el único fundamento de la referida presunción y sin permitir que la empresa ensayara una defensa efectiva contra la acusación. Sostuvo que, de este modo, también se vulneraba el derecho al debido proceso legal, garantizado por el art. 19 de la Constitución.

Por último, la empresa adujo la violación de la garantía constitucional de no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado en materia económica, ya que argumentó que la aplicación del art. 118, *quater*, en este caso, implicaría imponerle un régimen de responsabilidad desigual respecto de otros sectores productivos, también regulados y con impacto ambiental igual o mayor, incluido el resto del sector pesquero.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Chile, en un fallo dividido, admitió el requerimiento y declaró que la norma impugnada era inconstitucional y, por ende, inaplicable.

El Tribunal Constitucional señaló que, en este caso, había una presunción de daño que no podía ser comprobada. Sostuvo que la aplicación de la norma cuestionada perturbaba el ejercicio pleno del derecho al debido proceso, ya que incorporaba una presunción legal que le era extraña y que alteraba la carga de la prueba sin justificación.

Además, observó que la aplicación de la norma no solo había condicionado la prosecución del proceso en desmedro del acusado, sino que también había afectado su derecho a una investigación justa y racional, porque se le imponía una virtual presunción de derecho respecto a la significación real del daño efectivamente producido.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluyó que todos estos elementos, si bien no implicaban una indefensión completa y absoluta, restringían severamente el derecho a la defensa, sin ninguna razón de bien común que lo justificara.

Por otro lado, explicó que el hecho de que la Constitución prohibiera expresamente presumir de derecho la responsabilidad penal no implicaba que otras presunciones creadas por el legislador no pudieran ser objetadas. Si, como en este caso, la norma distorsiona el conocimiento de los hechos de la causa y menoscaba la función jurisdiccional y el derecho que poseen las partes a rendir prueba completa acerca de sus pretensiones, el legislador entorpece su obligación constitucional de establecer las garantías de un procedimiento justo y racional, según dispone el art. 19 de la Constitución.

En cambio, tres ministros se pronunciaron por el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad y votaron en disidencia. Argumentaron que el principio preventivo conllevaba la adopción de medidas de protección del medioambiente incluso antes de que se produzcan daños. Indicaron que, reconocido legalmente el primado de

este principio como fundamento de la protección ambiental y del propio sistema de evaluación del impacto ambiental, debe interpretárselo de manera armónica con la norma impugnada. En relación con esto, los ministros observaron que la propia Constitución es la que tácitamente consagra los principios preventivo, precautorio y de responsabilidad, con el fin de evitar daños y riesgos al medio ambiente así como a la vida y a la salud.

Del mismo modo, los tres ministros resaltaron que casos como este no debían ser analizados exclusivamente desde la perspectiva de la libertad de empresa ni del debido proceso, sino también desde la perspectiva ambiental, en clave de sustentabilidad, explotación racional y cumplimiento de obligaciones del derecho internacional del mar, por la vía de regular la extracción sustentable de recursos. Por lo tanto, la normativa cuestionada no puede ser considerada arbitraria ni carente de razonabilidad legislativa o de sustento en la Constitución, sobre todo en razón del impacto de la industria salmonera en el ecosistema y de la importancia de la fiscalización de sus actos por parte del Estado. En este sentido, los tres ministros recordaron que los salmones de cultivo eran una especie exógena, altamente depredadora respecto de las nativas, por lo que resultaba clave adoptar medidas de seguridad para evitar fugas y daños en las estructuras de los centros de cría.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad respecto del art. 118 *quater* de la Ley n.º 18892, general de pesca y acuicultura, Mowi Chile S. A., en el proceso sustanciado ante el Tercer Tribunal Ambiental De Chile, sentencia Rol 10.109-21-INA del 31-3-2022, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=9529>.



Derecho ambiental. Derechos de la naturaleza. Derecho de los animales. Seres sintientes. Protección de la fauna silvestre en peligro de extinción. Acción de *habeas corpus*. Debate y aprobación de ley sobre los derechos de los animales. (Ecuador).

Antecedentes del caso: Ana Beatriz Burbano Proaño, residente en la ciudad de Ambato, Ecuador, recibió en su hogar a una hembra de un mes de vida de la especie de monos chorongo (*Lagothrix lagothricha*), a la que llamó Estrellita. La cuidó como si fuera su madre y Estrellita se convirtió en parte de la familia, adquirió sus costumbres y aprendió a comunicarse por medio de gestos y sonidos. Según el *Libro rojo de mamíferos del Ecuador*, la mona pertenecía a una especie de fauna silvestre en peligro de extinción. También figuraba en el apéndice II (“especies que podrían llegar a estar en peligro de extinción a menos que se controle estrictamente su comercio”) de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre y en la categoría de amenaza global vulnerable según la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

Cuando Estrellita tenía 18 años, la Unidad de Patrimonio Natural-Vida Silvestre de la Dirección Provincial del Ambiente de Tungurahua del Ministerio del Ambiente recibió una denuncia anónima sobre la tenencia de fauna silvestre en una vivienda de Ambato. Después de una serie de investigaciones, de la toma de fotografías y de visualizar, en la terraza de la casa, a Estrellita, en septiembre de 2018, el Ministerio del Ambiente determinó que personal de ese organismo realizaría el seguimiento del espécimen para iniciar el proceso correspondiente. Casi un año después, el Ministerio del Ambiente, en coordinación con la fiscalía, la Unidad de Protección del Medio Ambiente, Criminalística y el Grupo de Operaciones Especiales, retuvieron a Estrellita. Invocaron una infracción de la normativa ambiental vigente y la falta de la autorización administrativa. Un informe médico veterinario concluyó que la mona era adulta, que se encontraba por debajo de su peso normal y en estado de desnutrición y que tenía erizamiento y despigmentación del pelaje debido a una deficiente e inadecuada ración alimenticia, pérdida parcial de pelo en la parte interna de su brazo izquierdo con presencia de pequeñas manchas rojizas y resequedad o descamación de la piel, posiblemente por la presencia de hongos y desgaste de los dientes incisivos y de los colmillos, lo cual le provocaba dificultad para rasgar, romper o cortar alimentos sólidos, parte esencial de su dieta.

Estrellita fue trasladada al Ecozoológico San Martín del cantón Baños, donde estuvo en cuarentena y aislamiento para su observación, tratamiento y chequeos veterinarios y para un cambio de dieta acorde con sus necesidades nutricionales. Luego, fue derivada a un centro de conservación y manejo de fauna silvestre ubicado en la región oriental del país, la zona geográfica que habita su especie.

En septiembre de 2019, el Ministerio del Ambiente inició el procedimiento administrativo contra Ana Burbano, la citó y le concedió un plazo de diez días para que contestara, además de informarle sobre el principio de inversión de la carga de la prueba. El ministerio también dispuso la retención de Estrellita y su custodia en un centro autorizado por la Autoridad Ambiental Nacional.

En enero de 2020, el Ministerio del Ambiente resolvió declarar la responsabilidad de Burbano por la infracción muy grave establecida en el art. 318, numeral 2, del Código Orgánico del Ambiente en concordancia con el art. 136 del Libro IV del Decreto Ejecutivo n.º 3516. También le impuso una multa y decomisó el espécimen de vida silvestre, de conformidad con lo dispuesto en el art. 320, numeral 2, del Código Orgánico del Ambiente, en concordancia con el art. 136 del Libro IV del Decreto Ejecutivo n.º 351630.

Estrellita murió el 9 de octubre de 2019. Según el informe de necropsia practicado, el estado de los riñones le produjo una insuficiencia o deficiencia respiratoria, acompañado de problemas renales y hepáticos por no poder realizar la limpieza, el equilibrio químico de la sangre y la producción de hormonas, y por la acumulación excesiva de sangre a nivel coronario. Sin embargo, el propietario del Ecozoológico comunicó su deceso recién después de tres meses, mediante un informe técnico.

En diciembre del mismo año, dado que no sabía de la muerte de Estrellita, Burbano interpuso, con base en el art. 71 de la Constitución y el 585 del

Código Civil, una acción de *habeas corpus* contra el Ministerio del Ambiente, el propietario del Ecozoológico y la Procuraduría General del Estado. Señaló que Estrellita debería estar decaída por encontrarse enjaulada por primera vez, lejos de su familia y sin posibilidad de integrarse a los de su especie. Solicitó que se le expidiera una licencia de tenencia de vida silvestre y el retorno inmediato de Estrellita a su hogar y afirmó que se comprometía a cuidarla de una manera adecuada a las necesidades de su especie.

La Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Baños declaró el desistimiento y archivo del proceso por la no comparecencia de Burbano, que solicitó la revocatoria del auto de llamamiento a audiencia y apeló el auto de archivo debido a una supuesta falta de notificación. El recurso de apelación fue admitido. En enero de 2020, la Sala Penal de la Corte Provincial de Tungurahua declaró la nulidad del proceso y estableció un nuevo día y horario para que se conociera y resolviera en primera instancia. Un mes después, la Unidad Judicial convocó a las partes a una audiencia pública.

Burbano y sus abogadas fueron informadas del deceso de Estrellita en la audiencia. Solicitaron la realización de una nueva necropsia, la emisión de una orden de fraude procesal por no haber sido informadas de la muerte y que se les entregara el cuerpo. Además, requirieron la creación de un protocolo especial para el caso de retención de animales vivos en su calidad de seres sintientes.

La Unidad Judicial negó la acción de *habeas corpus* y Burbano interpuso un recurso de apelación contra la sentencia.

El 10 de junio de 2020, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua desestimó el recurso de apelación por considerar la necesidad de proteger a la naturaleza por parte de la Autoridad Ambiental y porque, cuando fue presentado, Estrellita ya había fallecido. Ratificó la sentencia de instancia y notificó al Consejo de la Judicatura, a fin de que efectuara las investigaciones pertinentes.

Un mes después, Burbano presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador, la cual, con dos votos a favor y uno en contra, resolvió emitir jurisprudencia vinculante y desarrollar derechos.

Sentencia: la Corte Constitucional del Ecuador revocó las sentencias dictadas en el proceso de *habeas corpus* y emitió una sentencia de revisión. Declaró que habían sido vulnerados los derechos de la naturaleza, principalmente por los hechos que terminaron en la muerte de la mona Estrellita. Dispuso que el Ministerio del Ambiente, en el término de hasta sesenta días, con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, estableciera un protocolo o una regulación que guiara las actuaciones del ministerio para la protección de los animales silvestres (principalmente los que sufrieran decomisos, retenciones y restricciones a la libre locomoción), con la finalidad de evaluar las situaciones particulares del espécimen y tomar las medidas adecuadas de protección de su especie. Además, ordenó que el ministerio emitiera una resolución normativa que determinara las condiciones que debían cumplir los tenedores y cuidadores de animales, de conformidad con los

criterios mínimos de la sentencia, en particular la valoración de los animales como sujetos de derecho con valoración intrínseca. Dispuso que la Defensoría del Pueblo, en un proceso participativo y con apoyo de organizaciones técnicas, elaborara un proyecto de ley sobre los derechos de los animales que recogiera los derechos y principios desarrollados en la sentencia. Por último, decidió que la Asamblea Nacional, en el término de hasta dos años, debatiera y aprobara una ley sobre los derechos de los animales que recogiera los derechos y principios desarrollados en la sentencia, incluidos los criterios o parámetros mínimos establecidos.

La Corte Constitucional precisó que, si bien la naturaleza es sujeto de derechos *per se*, esa cualidad es compartida con todos sus miembros, elementos y factores. Por eso, el Derecho protege tanto a la naturaleza considerada como la universalidad de seres, fenómenos y elementos bióticos y abióticos que conviven, interactúan y se manifiestan en la Tierra, como a la naturaleza vista en cada uno de sus miembros o elementos singulares, por ejemplo, en un bosque, un río o un animal silvestre cuya especie esté amenazada.

La Corte Constitucional advirtió que la naturaleza, en todos sus niveles de organización ecológica, estaba protegida por el Derecho. En la naturaleza se pueden identificar varios niveles de organización ecológica y, en este sentido, la Corte reconoció previamente la calidad de titulares de derechos a ecosistemas como manglares, ríos y bosques.

La Corte Constitucional reconoció a los animales un valor inherente, así como la calidad de sujetos de derecho. Sostuvo que los animales no deben ser protegidos únicamente desde una perspectiva ecosistémica o con relación a las necesidades del ser humano, sino principalmente desde una óptica centrada en su individualidad y en su valoración intrínseca. Los animales son sujetos de derecho distintos a las personas humanas.

La Corte Constitucional clasificó a los sujetos de derecho de la siguiente manera: sujetos individuales (personas humanas); sujetos colectivos (pueblos indígenas); sujetos de naturaleza patrimonial (compañías, asociaciones y otras personas jurídicas); sujetos de derecho humano (personas naturales); sujetos de derecho no humano (Estado y corporaciones); sujetos de derecho sintientes en sentido lato (reactividad biológica) que poseen o no la capacidad para percibir y responder ante estímulos externos o internos.

Los elementos y componentes bióticos de la naturaleza como plantas y animales, por regla general, gozan de la capacidad para percibir y responder ante estímulos de su entorno y activar mecanismos naturales. No todo animal es sintiente en sentido estricto, por lo que se debe analizar las características físicas, psicológicas y fisiológicas de cada especie.

Por su parte, el ser humano es un sujeto de derecho sintiente en sentido estricto. El ser humano ha empleado su capacidad de subjetivización para potenciar una importante aptitud de reflexión, que le ha permitido construir distintos ámbitos sociales, políticos, económicos, religiosos, culturales, científicos y psicológicos; expresar mediante lenguajes convencionales sus ideas, emociones, sentimientos y razonamientos, y construir relaciones interpersonales a nivel familiar, comunitario, social y mundial.

La Corte Constitucional señaló que los animales no podían equipararse a los seres humanos dado que sus naturalezas no eran plenamente compatibles. Ello no significa que los animales no sean sujetos de derecho, sino que sus derechos sean observados como una dimensión específica de los derechos de la naturaleza.

La Corte Constitucional precisó que ciertos elementos de la naturaleza eran seres sintientes en un sentido estricto, en cuanto poseían, en mayor o menor medida, un sistema nervioso centralizado y especializado, con capacidad para recibir estímulos de su entorno y de su interior, procesar esa información y producir una respuesta especializada y subjetiva. Muchos animales son seres sintientes en sentido estricto, ya que sus respuestas ante los estímulos pueden ser subjetivas porque pueden analizar los estímulos como fuentes de dolor, sufrimiento o placer. Sin embargo, no todas las especies animales cuentan con esta característica. En efecto, muchas especies del reino animal no poseen una estructura nerviosa centralizada y especializada.

La Corte Constitucional señaló que las especies silvestres y sus individuos tenían derecho a no ser cazadas, pescadas, capturadas, recolectadas, extraviadas, tenidas, retenidas, traficadas, comercializadas o permutadas. Sostuvo que también tenían derecho al libre desarrollo de su comportamiento animal, y a no ser domesticadas ni obligadas a asimilar características o apariencias humanas.

La Corte Constitucional indicó que los derechos de la naturaleza no solo protegían a las especies, sino también a un animal en particular, ya que no podría reconocerse un valor intrínseco a la naturaleza en su conjunto y negarlo a sus elementos. En consecuencia, un animal silvestre debería ser protegido en su hábitat natural.

La Corte Constitucional expresó que las órdenes de retención, inmovilización, decomiso o cautiverio de especies de animales silvestres que tenían como objeto su traslado a un centro de manejo ambiental siempre debían incluir un estudio integral de la situación particular del animal, con el objetivo de conocer su estado de salud y de integridad y fijar parámetros o criterios mínimos no taxativos para la adopción de medidas por parte de las autoridades públicas.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, sentencia n.º 253-20-JH/22 del 27-1-2022, en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLTRkZD-QtYTM2NC1kOGNiMwIwYWVhMWMucGRmJ30.



Derecho a morir dignamente. Asistencia médica al suicidio. Figura penal de inducción o ayuda al suicidio. Derechos a la vida digna, a la muerte digna y al libre desarrollo de la personalidad. Principio de solidaridad social. (Colombia).

Antecedentes del caso: el Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentó una demanda de inconstitucionalidad para cuestionar el inciso segundo del art. 107 del Código Penal, que establece penas de varios años de prisión para quien incite a otra persona a suicidarse o la ayude a llevarlo a cabo. El demandante consideró que no era posible penalizar a los médicos que asistieran a un paciente en un procedimiento de ese tipo.

El art. 107 del Código Penal dice: “Inducción o ayuda al suicidio. El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses. Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses”.

El demandante alegó que la norma cuestionada desconocía los límites constitucionales a la competencia del legislador para configurar la ley penal. Además, argumentó que vulneraba la dignidad humana y los derechos fundamentales a la vida digna, la muerte digna y el libre desarrollo de la personalidad de quienes padecen un intenso sufrimiento físico o psíquico, derivado de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, y que ignoraba el principio de solidaridad social. Señaló que, así como la eutanasia tenía ciertos parámetros para su aplicación, el suicidio médicamente asistido también debía contar con esos mecanismos.

Durante el estudio de la demanda, el Ministerio de Salud no estuvo de acuerdo con el demandante. Consideró que el acto médico podría ser condicionado de acuerdo con el propósito de la muerte y que ningún profesional debería ser obligado a cumplir la voluntad del paciente, ya que podría aducir incompatibilidad moral o diferencias sobre la condición de salud del involucrado.

Por su parte, el procurador también rechazó la demanda. Si bien reconoció que el suicidio médicamente asistido podía ser una alternativa para garantizar el derecho a morir dignamente, sostuvo que, bajo el principio de separación de poderes, el Congreso era el encargado de autorizar un procedimiento válido.

Sentencia: el pleno de la Corte Constitucional de Colombia, por una mayoría de seis votos a favor y tres en contra, declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del art. 107 del Código Penal, que castiga con varios años de prisión a quien incite a otra persona a suicidarse o lo asista para llevarlo a cabo. En consecuencia, dejó sin efecto, bajo ciertas condiciones, la penalización de la asistencia médica al suicidio del paciente que padezca intensos sufrimientos derivados de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable y que solicite su deseo de morir de forma libre e informada.

La Corte precisó que no se incurría en el delito de ayuda al suicidio cuando la conducta: (a) fuera realizada por un médico; (b) contara con el consentimiento libre, consciente e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y (c) el paciente padeciera un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de una lesión corporal o de una enfermedad grave e incurable.

Además, la Corte exhortó nuevamente al Congreso para que regulara el derecho a morir dignamente. En sentencias anteriores, la Corte ya había reclamado en este sentido al Poder Legislativo, con el fin de eliminar las barreras que impedían el acceso efectivo a ese derecho.

La Corte precisó, en primer lugar, que, en este caso, solo se decidía sobre el verbo “ayudar” y no sobre “inducir”, porque, aunque en la demanda se había objetado todo el inciso, no se habían presentado cargos contra la inducción al suicidio y, por lo tanto, el examen de constitucionalidad se limitaba a la “ayuda”. Advirtió, igualmente, que el análisis abstracto de constitucionalidad recaía sobre la tipificación de la asistencia médica al suicidio —y no sobre el suicidio médicamente asistido—, en cuanto constituía una de las formas posibles de materialización de la muerte digna. La evaluación de la constitucionalidad, entonces, solo se refiere a la persecución penal del profesional que presta ayuda.

La Corte entendió que, tal como planteara el demandante, el legislador había desconocido los límites constitucionales al poder punitivo. En particular, consideró vulnerados los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad, dado que el médico, en estos casos, actuaba dentro del marco constitucional sin que existiera una lesividad que justificara la persecución penal. Por eso, la Corte concluyó que el legislador había ignorado los principios de necesidad y de mínima intervención penal, así como de proporcionalidad. Si bien, en virtud del mandato constitucional de protección de la vida, el Estado puede acudir al derecho penal para reprimir interferencias de terceros que la lesionan, cuando un médico ayuda a quien decide libremente ponerle fin a su vida, la criminalización de la conducta del profesional resulta desproporcionada y excede el límite de mínima intervención penal.

La Corte consideró, en segundo lugar, que el legislador había desconocido la dignidad humana y los derechos a la vida digna, la muerte digna y el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, esos derechos se materializan cuando un paciente, que sufre intensamente a causa de una lesión grave e incurable, decide libremente ponerle fin a su vida y solicita la asistencia de un médico para minimizar los riesgos de sufrimiento y daños del suicidio. La asistencia médica al suicidio es, en tales circunstancias, un medio para llevar a cabo una muerte digna, por lo que su persecución penal afecta los derechos a la vida digna y a la autonomía personal. Además, dado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra sus límites en la necesidad de protección de los derechos de los demás, resulta claro que la ayuda, a diferencia de la inducción al suicidio, no constituye una interferencia, sino, por el contrario, una garantía para quien solicita la asistencia médica de manera libre, con conocimiento de su diagnóstico y del procedimiento. El derecho a morir dignamente implica permitir que una persona que padezca una enfermedad o lesión

intensamente dolorosa e incompatible con su idea de dignidad pueda concluir su vida con pleno consentimiento y libre de presiones de terceros, sin que el Estado intente afirmar un deber de preservación de la vida a toda costa.

Por último, la Corte concluyó que el legislador había desconocido el principio y deber de solidaridad social, consagrado en los arts. 1 y 95 de la Constitución, al impedir que un médico prestara la ayuda solicitada por una persona que escoge materializar su derecho a morir dignamente a través de un suicidio asistido. En estas circunstancias, este deber corresponde principalmente a un médico, pues cuenta con las mejores herramientas técnicas, científicas y éticas para garantizar la salvaguarda de la dignidad humana en el procedimiento. La Corte afirmó, en este sentido, que el avance del conocimiento científico debía emplearse de forma altruista, en solidaridad con quienes se encontraban en una condición extrema de salud y deseaban un buen morir.

La posición de la minoría, por su parte, sostuvo que la demanda carecía de aptitud sustancial y, en consecuencia, no brindaba los elementos de juicio necesarios para que la Corte pudiera pronunciarse sobre el fondo de la constitucionalidad del inciso segundo del art. 107 del Código Penal. Señaló que la argumentación de la demanda, más que fundarse en los preceptos constitucionales que se consideraban incompatibles con la norma impugnada, se limitaba a retomar las consideraciones hechas por la Corte en relación con un tipo penal diferente (la eutanasia) del analizado en este caso, la inducción o ayuda al suicidio. Pese a la diferencia entre los tipos penales, la minoría consideró que la demanda no los distinguía ni explicaba sus particularidades, por lo que no quedaban claras las razones para declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Además, la minoría alegó que el hecho de que la mayoría hubiera circunscrito su análisis al verbo “ayudar” y no a “inducir” no resultaba suficiente para remediar los problemas de aptitud sustancial de la demanda. Destacó que prestar ayuda para el suicidio era una conducta diferente a la de la eutanasia y, por consiguiente, requería de un examen y una argumentación adecuados e independientes respecto de otros tipos penales.

Por otro lado, la minoría también expresó su disidencia mediante el rechazo de la existencia de un derecho fundamental a la muerte digna. Observó que, en cambio, sí existía el derecho fundamental a la vida, que, en armonía con el principio de la dignidad humana, implicaba el derecho a vivir en condiciones dignas, sin sufrir ninguna clase de trato inhumano, cruel y degradante. El pretendido derecho a una muerte digna no está previsto en la Constitución ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos y tampoco es inherente a la persona humana. Para sostener lo contrario, sería indispensable que la propia carta magna lo reconociera a través de una reforma constitucional y que su ejercicio estuviera regulado por una ley.

La minoría también indicó que la autonomía, como manifestación de la dignidad humana, era el eje de la argumentación jurídica para defender la eutanasia o la ayuda al suicidio. Sin embargo, advirtió que la aceptación de la propia eutanasia o de la ayuda al suicidio no resultaba consistente con la defensa de la autonomía, porque el consentimiento dado a estas prácticas para acabar con la propia vida habitualmente ocurría en circunstancias que, por definición, dificultaban la libre

elección y el ejercicio de la voluntad. Concluyó que, paradójicamente, bastaba un consentimiento débil y cuestionable para la más extrema e irreversible de las decisiones posibles.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-164-2022 del 12-5-2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2015%20-%20Mayo%2011%20de%202022.pdf>.



Derecho civil. Propiedad intelectual. Derechos de autor. El desconocimiento de hecho o de derecho es excusable ante la inexactitud de la información contenida en un registro de derechos de autor. (EE. UU.).

Antecedentes del caso: la registración válida de los derechos de autor otorga a su titular defensas legales robustas, incluido el derecho a iniciar una “acción civil por infracción” a la obra protegida por el derecho de autor (ver 17 U. S. C. §411.a). La empresa Unicolors es titular de los derechos de autor de varios diseños de telas e inició una acción por infracción contra la compañía H&M Hennes & Mauritz. Posteriormente, dado que un jurado dictaminó a favor de Unicolors, H&M planteó su reclamo como una cuestión de puro derecho y argumentó que Unicolors no podía sustentar su demanda por infracción ya que había incluido, a sabiendas, información inexacta en su solicitud de registro, lo que invalidaba la registración de derechos de autor. La supuesta falta de exactitud se debió a que Unicolors había presentado una sola solicitud de registro para 31 obras independientes, a pesar de que la regulación de la Oficina de Derechos de Autor establece que una sola solicitud puede proteger a múltiples obras si están “incluidas en la misma unidad de publicación”. H&M adujo que Unicolors no había cumplido con este requisito, porque al principio la empresa había producido algunos de los 31 diseños disponibles para la venta exclusiva a ciertos clientes y ofrecido el remanente al público en general.

El Tribunal de Distrito desestimó la reclamación de H&M y consideró que, debido a que Unicolors, en el momento de presentar su solicitud de registro, no sabía que había incumplido con el requisito de una “misma unidad de publicación”, la registración de derechos de autor continuó siendo válida por efecto de la disposición prevista en el art. 411.b.1.A.

La Cámara Federal de Apelaciones del Circuito IX sí hizo lugar al pedido de H&M y entendió que no era relevante si Unicolors tenía conocimiento de que no había cumplido con el requisito de unidad de publicación, ya que la protección legal solo excusaba los errores de hecho cometidos de buena fe, no los de derecho. Aseguró que, dado que Unicolors estaba al tanto de los hechos sobresalientes, su conocimiento —o desconocimiento— de la ley no resultaba trascendente.

Entonces, Unicolors interpuso un *writ of certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y solicitó la revisión de la interpretación del art. 411.b.1.A que había hecho la Cámara Federal de Apelaciones del Circuito IX.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos revocó el fallo de la cámara.

El art. 411.b no distingue entre un error de derecho y uno de hecho. Por eso, la ausencia de conocimiento fáctico o legal puede ser excusable ante la inexactitud de la información vertida en un registro de derechos de autor, según la tutela jurídica dispuesta en el art. 411.b.1.A.

La Ley de Derechos de Autor establece que un certificado de registro es válido, aunque contenga información inexacta, siempre que el titular de los derechos de autor carezca de “conocimiento de que era inexacta” (ver 411.b.1.A). La jurisprudencia y el diccionario señalan que el vocablo “conocimiento” históricamente ha “significado y aún significa el hecho o condición de ser consciente de algo” (ver *Intel Corp. Investment Policy Comm. v. Sulyma*, 589 U. S.). Nada en el art. 411.b.1.A sugiere que la salvaguarda legal se aplica de manera diferente simplemente porque un solicitante cometió un error de derecho en contraposición a un error de hecho. Como Unicolors no tenía conocimiento del requisito legal que hizo que la información en su solicitud fuera inexacta, no podría haber incluido la información “a sabiendas de que era inexacta” (ver art. 411.b.1.A).

Las disposiciones legales análogas sirven para confirmar que aquí el término “conocimiento” se refiere tanto al conocimiento del derecho como al de los hechos. Las solicitudes de registro requieren información que implica tanto un conocimiento fáctico como legal —ver, por ejemplo, §409.4 (si la obra se realizó “por contrato”); §409.8 (cuándo y dónde se “publicó” la obra); §409.9 (si la obra es “una compilación o una obra derivada”)—. La información inexacta de un registro puede deberse a un error de hecho o de derecho. Del lenguaje jurídico, no surge que el Congreso haya querido dispensar a los solicitantes —muchos de los cuales no tienen formación en leyes— por los errores de hecho y no por los de derecho (a menudo ocultos). Además, si el Congreso hubiese tenido la finalidad de establecer un requisito de conocimiento doloso que no fuera el de conocimiento vigente, lo habría expresado explícitamente como lo hizo en otras disposiciones de la Ley de Derechos de Autor. Es más, en los casos resueltos antes que el Congreso sancionara el art. 411.b, se consideró que los errores cometidos en los certificados de registro (muchos de ellos constituían errores de derecho) no invalidaban las registraciones de derechos de autor ni las acciones por infracción. La Corte Suprema no encontró indicios de que el Poder Legislativo tuviese el objetivo, al momento de sancionar el art. 411.b, de alterar esta regla bien arraigada.

El Congreso sancionó el art. 411.b para que, a las personas que no son abogadas, les resulte más simple, no más complejo, obtener una registración válida de sus derechos de autor. El legislador lo hizo así, en parte, para “eliminar el vacío legal” que les permitía a los infractores aprovecharse de los errores que se cometen en el proceso de solicitud para impedir la aplicación que, de otro modo, tendría

una registraci3n v3lida de derechos de autor. Considerando estos antecedentes, no tendr3a sentido que el art. 411.b dejara los registros expuestos a su invalidaci3n en funci3n de los malentendidos que los solicitantes puedan tener de buena fe sobre los pormenores de la ley de derechos de autor.

Los dem3s argumentos de la compa1a H&M no fueron convincentes. Primero, la interpretaci3n de la ley por parte de la Corte Suprema no permitir3a a los titulares de derechos de autor evadir las consecuencias de una registraci3n inexacta con el argumento de la falta de conocimiento. As3 como en otros contextos legales, los tribunales no necesitan admitir autom3ticamente la afirmaci3n que hace un titular de derechos de autor acerca de que no estaba al tanto de los requerimientos legales pertinentes. El desconocimiento deliberado puede justificar una conclusi3n de conocimiento real. Adem3s, las pruebas circunstanciales pueden demostrar que un solicitante conoc3a realmente, o ignoraba voluntariamente, informaci3n jur3dicamente inexacta. Segundo, la m3xima jur3dica de que “la ignorancia de la ley no es excusable” no es aplicable a este caso civil relativo al alcance de la garant3a legal que surge de la ignorancia de los requisitos legales secundarios. Por 3ltimo, la cuesti3n del “conocimiento”, sobre la que las partes han argumentado y la Corte Suprema ha decidido, fue una “cuesti3n subsidiaria justamente incluida” en el planteo de la demanda (ver la Regla 14.1.a de la Corte Suprema). La C3mara Federal de Apelaciones del Circuito IX abord3 expl3citamente la cuesti3n cuando sostuvo que el “conocimiento” de la empresa Unicolors sobre los hechos subyacentes a la inexactitud en su solicitud de registro hab3a sido suficiente para demostrar el conocimiento del que habla el art. 411.b.1.A, sin tener en cuenta el conocimiento que Unicolors tuviera de la ley.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: un *writ of certiorari* consiste en una presentaci3n directa a la Corte Suprema de los Estados Unidos para que requiera a un tribunal inferior el env3o de una causa y examine si se viol3 alg3n derecho en el procedimiento o en la sentencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Unicolors, Inc. v. H&M Hennes & Mauritz, L. P.*, sentencia del 24-2-22, en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-915_pol1.pdf.



Derecho de acceso a la Justicia. Asistencia jur3dica gratuita para acceder a la Justicia laboral. Honorarios de abogados y peritos. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Procuraci3n General de la Rep3blica present3 una acci3n directa de inconstitucionalidad (ADI 5766) ante el Tribunal

Supremo Federal de Brasil. Cuestionó disposiciones de la reforma laboral (Ley 13467/2017), ya que sostuvo que violaban las garantías procesales y el derecho fundamental de los trabajadores de bajos recursos a la asistencia jurídica gratuita para acceder a la Justicia laboral.

La Procuración General de la República impugnó disposiciones de la Ley 13467/2017, que había modificado artículos de la Consolidación de las Leyes Laborales (el decreto ley que regula las relaciones laborales en Brasil) para establecer una reforma laboral. El primer punto en discusión fue el artículo que responsabiliza a la parte vencida del pago de los honorarios de peritaje, aunque a esa parte le corresponda el beneficio de la justicia gratuita. En la redacción anterior de la norma, los beneficiarios del servicio de justicia gratuita estaban exentos; con la nueva redacción, la Unión pagará el costo pericial solo cuando los beneficiarios no hayan obtenido en juicio créditos capaces de respaldar el gasto.

Otra disposición cuestionada era el art. 791-Ade la Consolidación de las Leyes Laborales, que considera adeudados los honorarios legales del abogado por pérdida de la acción siempre que el beneficiario de la justicia gratuita haya obtenido en los tribunales, incluso en otro proceso, créditos capaces de sustentar los pagos.

La procuración también cuestionó la disposición que impone el pago de costas al beneficiario de la justicia gratuita que falte injustificadamente a la audiencia inicial.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, declaró inconstitucional la disposición de la reforma laboral (Ley 13467/2017) que determinaba el pago de los honorarios de peritos y abogados por parte de los beneficiarios de la justicia gratuita en el caso en que perdieran la demanda, pero obtuvieran créditos suficientes para costear los pagos en otra demanda laboral. Los ministros que formaron la mayoría en esta decisión fueron Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia y Rosa Weber.

Además, por mayoría, el tribunal consideró válido imponer el pago de costas al beneficiario de la justicia gratuita que no asistiera a la audiencia inicial y no presentara una justificación legal dentro de los 15 días. Los ministros que conformaron la mayoría en esta postura fueron Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Nunes Marques, Gilmar Mendes, Luiz Fux y Carmen Lúcia.

En la audiencia hubo distintas opiniones. Sin embargo, la propuesta que prevaleció fue la del ministro Alexandre de Moraes, que juzgó inconstitucionales las disposiciones que obligaban a la parte vencida a pagar los honorarios de peritos y abogados, pero admitió la validez del cobro de costas al beneficiario de la justicia gratuita que no asistiera a la audiencia inicial y no presentara una justificación legal dentro de los 15 días.

El ministro de Moraes consideró que la ley impugnada establecía condiciones inconstitucionales en relación con la gratuidad del acceso a la Justicia, basadas en la presunción absoluta de que un trabajador, luego de ganar un determinado proceso, ya se había vuelto autosuficiente. Observó que las disposiciones cuestionadas dificultaban la aplicación efectiva del art. 5 de la Constitución, que determina

que el Estado debe brindar asistencia jurídica plena y gratuita a las personas que demuestren la carencia de recursos suficientes.

En cuanto al pago de costas a los beneficiarios del servicio de justicia gratuita que falten a la audiencia inaugural sin justificación, el ministro indicó que solo era un requisito más para refrendar la gratuidad judicial, por lo que era válido.

En relación con la posición del relator del caso, el ministro Luís Roberto Barroso fue acompañado por los ministros Nunes Marques, Gilmar Mendes y Luiz Fux. Barroso sostuvo que las disposiciones impugnadas eran compatibles con la Constitución y su único objetivo era evitar una judicialización excesiva de las relaciones laborales. Asimismo, defendió la procedencia parcial de la acción directa de inconstitucionalidad para limitar el cobro de honorarios a un 30 % del valor que excediera el límite impuesto por el Régimen General de Seguridad Social.

El ministro Luiz Fux acompañó esta postura. Consideró que la normativa desincentivaba el llamado “litigio frívolo”, que se produce cuando un demandante hace exigencias desproporcionadas y contribuye a la acumulación de trabajo de los juzgados laborales. Observó que la gratuidad irrestricta beneficiaba solo a este tipo de litigante, ya que los trabajadores con demandas legítimas enfrentarían tribunales excesivamente congestionados y más lentos, en detrimento de la garantía de acceso a la Justicia en un plazo razonable.

Fux señaló que el objetivo de la normativa introducida por la reforma laboral no era obstaculizar el acceso a la Justicia de los trabajadores que tenían demandas legítimas, sino de quienes reclamaban de manera irresponsable o entablaban juicios totalmente imprudentes.

El ministro compartió la propuesta de Barroso de admitir parcialmente la acción para establecer que el cobro de los honorarios por pérdida de la demanda de los litigantes de bajos recursos podrá recaudarse íntegramente sobre montos no alimentarios, como indemnizaciones por daño moral. Ese pago solo podrá llegar hasta el 30 % del valor que exceda el límite impuesto por el Régimen General de Seguridad Social. Fux también consideró legítimo el cobro de costas al beneficiario de la justicia gratuita si no asistiera a la audiencia inicial y no presentara una justificación razonable.

En otra postura, el ministro Edson Fachin fue seguido por los ministros Ricardo Lewandowski y Rosa Weber. Fachin votó por la declaración de inconstitucionalidad de todas las disposiciones impugnadas. Señaló que las normas introducidas por la ley de la reforma laboral restringían los derechos fundamentales de acceso a la Justicia y el derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita.

En ese mismo sentido, por la inconstitucionalidad de todas las normas impugnadas, se pronunció la ministra Rosa Weber, que afirmó que la desarticulación de la asistencia jurídica gratuita, que resulta fundamental para garantizar el acceso a la Justicia, no solucionaría el problema del exceso de litigio. Agregó que, con el pretexto de perseguir resultados económicos y estímulos conductuales de buena fe procesal, que podrían alcanzarse de otras formas, las medidas legales restringían

la esencia del derecho fundamental de los ciudadanos pobres al libre acceso a la Justicia laboral en defensa de sus intereses.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 5766*, sentencia del 20-10-2021, en <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475159&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=474797&ori=1>.



Derecho de defensa. Asistencia jurídica a personas de bajos recursos. Leyes municipales. Defensoría pública. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Procuración General de la República presentó una acción por incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 279) ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil. El procurador general, Augusto Aras, cuestionó las leyes municipales de Diadema (una localidad del estado de San Pablo) vinculadas con la prestación del servicio de asistencia jurídica y la defensoría pública. En concreto, impugnó la constitucionalidad de la Ley Municipal 735/1983, que creaba el fuero de la asistencia jurídica de Diadema, y la Ley Municipal Complementaria 106/1999, que establecía la estructura y las atribuciones de la Secretaría Municipal de Asuntos Jurídicos.

El procurador fundamentó la acción en que la promulgación de leyes sobre asistencia jurídica y defensoría pública por parte de municipios violaba el principio del pacto federativo. Alegó que se trataba de competencia legislativa concurrente (art. 24, inc. XIII, de la Constitución Federal), por lo que correspondía a la Unión establecer las normas generales y a los estados y al Distrito Federal estipular disposiciones complementarias (art. 24, apartados 1 y 2, de la Constitución Federal). El procurador observó que ese principio debía ser considerado un precepto fundamental.

Además, el procurador argumentó que no había ningún margen para que los municipios tomaran decisiones sobre la materia, tanto en el ámbito legislativo como administrativo. Sostuvo que las dos leyes impugnadas, ambas del municipio de Diadema, invadían el ámbito legislativo y administrativo relativo a la disciplina y prestación de servicios de asistencia jurídica, por lo que incumplían diversas normas.

El procurador señaló que la plausibilidad jurídica de la acción estaba fundamentada adecuadamente con los argumentos presentados. Destacó que el reclamo era urgente debido a la situación de inseguridad jurídica que generaba el ejercicio de un servicio público de tamaño trascendencia por parte de un organismo no legitimado, así como las consecuencias que provocaba esta inestabilidad institucional sobre los derechos de los ciudadanos del municipio de Diadema. En consecuencia, solicitó que se admitiera la solicitud y se declarara la inconstitucionalidad de las dos leyes municipales.

En su declaración en la sesión del Tribunal Supremo Federal, el subprocurador general de la República, Humberto Jacques de Medeiros, argumentó que la existencia de una defensoría municipal era incompatible con la Constitución, pero que la prestación de servicios de asistencia jurídica a personas necesitadas no constituía un monopolio de la Unión y de los estados. Consideró que permitir a los ciudadanos más de una vía de acceso a la Justicia fortalecía el derecho de defensa.

Por su parte, el representante legal de Diadema, Fernando Marques, aseguró que la Constitución Federal no asignaba el monopolio de la asistencia jurídica a la defensoría pública, cuyos servicios no son capaces de responder a la cantidad de demandas existentes. En el mismo sentido, el representante de la Asociación de Procuradores y Abogados del Municipio de Diadema, Pedro Tavares Maluf, consideró que la supresión de la asistencia jurídica municipal no fortalecería a la defensoría pública, sino que perjudicaría a las personas que utilizaban los servicios ofrecidos por el municipio.

En representación de la Asociación Nacional de las Defensoras y los Defensores Públicos, Norberto Robl Filho remarcó la importancia del modelo constitucional que atribuía a los defensores públicos la función de prestar asistencia judicial con su propia asignación presupuestaria. A su vez, el representante de la Defensoría Pública Federal, Bruno Arruda, expresó preocupación por las leyes municipales impugnadas, que, a su juicio, desfavorecían la instalación de defensores públicos en el interior del país.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, resolvió que los municipios podían brindar asistencia jurídica a la población de bajos recursos. Consideró que ese servicio ampliaba las vías de acceso a la Justicia y no dañaba la autonomía de los defensores públicos. De este modo, el tribunal declaró improcedente la acción por incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF 279) que había presentado la Procuración General de la República.

La mayoría del pleno acompañó el voto de la relatora, la ministra Carmen Lúcia, que afirmó que las normas municipales impugnadas eran constitucionales porque garantizaban mayores oportunidades de acceso a la Justicia. Señaló que, si bien comprendía la preocupación de los defensores públicos respecto al tema, no había una falta de respeto a la autonomía de la institución, a la necesidad de perfeccionamiento permanente o a la labor que realizaban los defensores públicos.

Carmen Lúcia sostuvo que el municipio era competente para ampliar la posibilidad de brindar asistencia legal a quienes la necesitaran. Indicó que era necesario un sentimiento constitucional que pudiera incrementar la efectividad constitucional de los derechos fundamentales.

Observó que solo había diez defensores públicos en Diadema e indicó que aún no existía, en todo el país, una región con un servicio de atención eficiente y en el que no se formaran largas colas. Por lo tanto, concluyó que se trataba de una necesidad que debía ser satisfecha. Del mismo modo, destacó que la intención de la Constitución Federal era que toda persona tuviera acceso a un servicio de asistencia

jurídica gratuita y que fuera socialmente adecuado y razonable. Además, señaló que, en este caso, los recursos utilizados eran del propio municipio.

El voto de la relatora fue acompañado por los ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes y Luiz Fux. Todos ellos coincidieron en que el municipio no había creado una oficina de defensa local, sino solamente ofrecido un servicio público de asistencia legal complementaria, que estaba orientado a los intereses de la población de bajos recursos, lo que implicaba reducir la vulnerabilidad social y económica y aumentar el acceso a la Justicia.

El ministro Nunes Marques representó la posición de la minoría. Consideró que las leyes municipales en litigio violaban el pacto federativo y el modelo de asistencia jurídica gratuita definido por la Constitución Federal, que, a su juicio, asignaba la tarea de establecer y mantener defensores públicos únicamente a la Unión, los estados y el Distrito Federal. Señaló que, si fuera prestado por el poder público, el servicio de asistencia legal gratuita debía ser implementado a través de la defensoría, lo que no se inscribe dentro del ámbito de competencia municipal.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADPF 279*, sentencia del 3-11-2021, en <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475943&ori=1>; <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242954&ori=1>.



Derecho de familia. Atribución automática del apellido paterno a los hijos. Discriminación. Inconstitucionalidad. Principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Identidad del hijo. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Bolzano planteó ante la Corte Constitucional de Italia la inconstitucionalidad del art. 262.1.2 del Código Civil (CC), ya que —en relación con la hipótesis de reconocimiento conjunto del hijo— no permitía que los progenitores, de mutuo acuerdo, transmitieran al hijo, en el momento del nacimiento, únicamente el apellido materno. Lo consideró violatorio de los arts. 2, 3, 11 y 117.1 de la Constitución, este último en relación con los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y con los arts. 7 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En efecto, el art. 262.1.2 CC, que regula la atribución del apellido a un hijo nacido fuera del matrimonio, prevé que, si el reconocimiento es efectuado conjuntamente por ambos progenitores, al hijo se le asigne el apellido del padre.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 262.1 del Código Civil en cuanto establecía —en relación con la hipótesis de

reconocimiento contemporáneo de ambos progenitores— que fuera asignado al hijo el apellido del padre, en lugar del apellido de ambos progenitores, en el orden que estos acordaran, excepto que, en el momento del nacimiento, decidieran la atribución del apellido de uno solo de ellos. Además, la Corte declaró la inconstitucionalidad de todas las normas que preveían una atribución automática del apellido del padre, en el caso de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y de hijos adoptivos.

La Corte recordó que, durante los últimos treinta años, se había pronunciado en varias ocasiones sobre la inconstitucionalidad del artículo del Código Civil en cuestión. Sostuvo que el sistema actual de atribución del apellido era herencia de una concepción patriarcal de la familia, con base en el derecho romano, así como de un poder marital ya perimido, incoherente con los principios del ordenamiento y con el valor constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer.

La Corte sostuvo que el apellido, junto con el nombre, representaba el núcleo de la identidad jurídica y social de la persona, le confería identificabilidad en las relaciones de derecho público y privado y encarnaba la representación sintética de la personalidad individual que, con el transcurso del tiempo, enriquecía progresivamente sus significados. En el art. 262.1.2 CC, la identidad familiar del hijo, preexistente a la atribución del apellido, puede desglosarse en tres elementos: el vínculo parental con el padre, identificado por el apellido, representativo de su rama familiar; el vínculo parental con la madre, también identificada por un apellido representativo de su rama familiar, y la elección de los progenitores de reconocer conjuntamente al hijo para acogerlo en un núcleo familiar.

La Corte señaló que la elección de la línea parental paterna únicamente ocultaba de forma unilateral la relación parental con la madre. El automatismo que se impone lleva la marca de una desigualdad entre los progenitores y deja su impronta en la identidad del hijo, lo que implica una violación de los arts. 2 y 3 de la Constitución. En efecto, se trata de un automatismo que no encuentra justificación ni en el art. 3 de la Constitución en el que se funda la relación entre los progenitores, que se unen para perseguir el interés del hijo, ni en la coordinación del principio de igualdad y la finalidad de salvaguardia de la unidad familiar prevista en el art. 29.2 de la Constitución. La Corte consideró que unidad e igualdad no podían coexistir si una negaba a la otra y que resultaba intolerable la herencia de una visión discriminatoria, que, a través del apellido, repercutía en la identidad de las personas.

La Corte recordó que, desde fines de los años 70, las obligaciones internacionales a las que el ordenamiento italiano está vinculado exigen la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en las cuestiones derivadas del matrimonio y en las relaciones familiares, inclusive la elección del apellido.

La Corte sostuvo que, ante una normativa que garantiza la atribución del apellido del padre, la madre se encontraba en una situación de asimetría, contraria a la paridad, lo que, a priori, anula las posibilidades de un acuerdo. Sin igualdad, faltan las condiciones lógicas y axiológicas de un acuerdo. Por lo tanto, la Corte afirmó que la norma en cuestión violaba el principio de igualdad y entrañaba un vicio de inconstitucionalidad. En efecto, el carácter discriminatorio de la disposición, su repercusión en la identidad del hijo y su capacidad para volver asimétricas las relaciones entre los progenitores en lo

que respecta al apellido deben ser removidos con una norma que refleje de modo simple y automático los principios constitucionales involucrados. El apellido del hijo tiene que componerse de los apellidos de los progenitores, salvo que estos acuerden otra cosa. La proyección del doble vínculo parental en el apellido del hijo es la representación del *status filiationis*. En efecto, transfiere la relación con ambos padres a la identidad jurídica y social del hijo. Al mismo tiempo, es el reconocimiento más inmediato y directo de la participación equitativa de las dos figuras parentales.

La Corte se refirió a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos del 7 de enero de 2014, *Cusan and Fazzo v. Italy*, que declaró que la laguna existente en el sistema jurídico italiano (que impedía la inscripción del hijo únicamente con el apellido materno en caso de consenso entre los cónyuges) violaba los arts. 8 y 14 de la CEDH.

Finalmente, la Corte Constitucional afirmó que, a fin de atribuir al hijo el apellido de uno de los progenitores, era necesario que ambos estuvieran de acuerdo, en cuanto estaba en juego la elección de identificar con el apellido de uno solo de ellos el doble vínculo con el hijo. Si no se llega a un acuerdo, deben atribuirse los apellidos de ambos progenitores, en el orden que ellos decidan hacerlo. De no existir consenso sobre ese orden, el conflicto deberá dirimirse judicialmente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 131/2022, del 27-4-2022, en <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=47256&dpath=document&dfile=31052022143134.pdf&content=Corte%2BCostituzionale%2C%2B%2BSentenza%2Bn%2E%2B131%2F2022%2C%2Billegittimit%C3%A0%2Bcostituzionale%2Bdelle%2Bnorme%2Bche%2Battribuiscono%2Bautomaticamente%2Bil%2Bcognome%2Bdell%2Bpadre%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B>.



Derecho de familia. Patria potestad. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes. Derecho a la igualdad. Corresponsabilidad parental. Estereotipos y roles de género. Violencia vicaria de género. (Ecuador).

Antecedentes del caso: en abril de 2015, Farith Simon Campaña —director de la clínica jurídica de la Universidad San Francisco de Quito—, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia presentaron una acción de inconstitucionalidad contra los núms. 2 y 4 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que fue admitida por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional.

El art. 106 cuestionado prescribe:

Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas: (...) 2.- A falta de acuerdo

de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; (...). 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.

Para los accionantes, la norma impugnada vulnera el principio de igualdad, perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal y contradice el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes.

El Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado y el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y delegado del presidente de la República presentaron sus descargos.

En el caso se presentaron varios *amici curiae*.

Sentencia: la Corte Constitucional de Ecuador, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: a) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y b) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.

Dispuso que la Defensoría del Pueblo, con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, prepare un informe que establezca los parámetros para otorgar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, de conformidad con los criterios desarrollados en la sentencia. La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional la constancia de presentación de ese informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional.

Decidió que la Asamblea Nacional, luego de la presentación del informe mencionado, continúe el debate del proyecto del Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. La Asamblea Nacional deberá informar trimestralmente sobre el avance y el cumplimiento de esta medida.

Dispuso que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados con niñez y adolescencia, para formarlos en la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia. La capacitación debe incluir formación sobre los estereotipos de género y sobre la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su protocolo facultativo y las recomendaciones generales de la convención). Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.

Ordenó que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública elaboren y presenten un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el art. 14, núm. 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública.

Dispuso que el Consejo de la Judicatura efectúe una amplia difusión del contenido de la sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores

y defensoras públicas, a través de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados. También debe publicar el contenido de la sentencia en su sitio web institucional.

La Corte Constitucional debió analizar si las normas cuestionadas eran contrarias al derecho a la igualdad y no discriminación y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes. También debió pronunciarse acerca de si el cargo preferente de la tenencia a la madre violaba el principio de corresponsabilidad parental.

En primer lugar, delimitó el alcance del artículo cuestionado. Sostuvo que la norma versaba sobre dos reglas para encargar la tenencia, que suponen una regla y una condición: la regla es la preferencia materna y la condición es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de si la norma es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional examinó la norma impugnada sobre la base de tres elementos: la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; la constatación de si existe un trato diferenciado con base en una de las categorías contempladas en el art. 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador, y la verificación de si la diferencia es justificada o discriminatoria.

La norma impugnada encarga de forma preferente la tenencia del niño, niña o adolescente a la madre (mujer) por el simple hecho de serlo. Así, no se evidencia que exista una causalidad entre el interés superior del menor que se pretende proteger y la carga impuesta a la mujer que decide ser madre, ya que la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño refiere que la evaluación del interés superior implica valorar y sopesar, caso por caso, todos los elementos necesarios para tomar una decisión. También señala elementos que deben respetarse como: el derecho a la opinión, el derecho a la identidad, el derecho a la familia y a la convivencia familiar, el cuidado, protección y seguridad del menor, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y a la educación. A partir de esto, la Corte Constitucional observó que la distinción realizada por la norma impugnada no perseguía un fin constitucionalmente imperioso, pues los estándares del principio rector no pueden estar subordinados a una preferencia materna, por lo que la norma se presume inconstitucional por ser discriminatoria. Supeditar el interés general del niño, niña o adolescente a posibles escenarios en los que primen otros intereses, como el de los padres, supondría limitar su interés superior. En vista de la ausencia del primer elemento, es suficiente para considerar que la medida no supera el test, por lo que no es necesario analizar el resto de los elementos. Sin perjuicio de ello, la Corte Constitucional analizó también la norma impugnada con respecto a la clasificación sexo-hombre, dados los estereotipos y roles de género atribuidos históricamente y socialmente a las mujeres.

Respecto del interés superior del niño, niña o adolescente, la Corte Constitucional ha establecido en múltiples sentencias que debe ser considerado primordial y tener especial protagonismo en las decisiones concernientes a ellos.

Como se ha dicho, la norma impugnada está configurada por una regla y una condición. Sin embargo, partir del interés superior del niño, niña o adolescente no puede ser una condición, sino la base sobre la que se deciden los derechos del

menor. En otras palabras, debe ser la regla por la que se encarga la tenencia. Y en caso de conflictos, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los derechos de sus progenitores. Los menores tienen derecho a ser escuchados y a dar su opinión, lo que debe ser evaluado junto a su desarrollo evolutivo a la hora de expresarse.

Otro de los elementos de evaluación para determinar ese interés superior es la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones. La Corte Constitucional advirtió que el mantenimiento de los vínculos familiares era un derecho fundamental para el menor. Otorgar la tenencia a la madre como forma preferente podría atentar contra la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares, porque, al establecer que el padre debe probar que la madre no es apta para criar al menor, en lugar de salvaguardar su interés, se pueden generar conflictos que perpetúen contextos de violencia de género e intrafamiliar y el distanciamiento entre los padres y entre el menor y su familia paterna. Por lo tanto, concluyó que la norma cuestionada era incompatible con el interés superior del menor.

También analizó si el encargo preferente de la tenencia hacia la madre violaba el principio de corresponsabilidad parental, que está estrechamente vinculada con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ya que ambas figuras buscan el bienestar de los menores. Concluyó que la norma impugnada era contraria al interés superior del menor porque no evaluaba en cada caso su bienestar y, a falta de acuerdo entre progenitores, encargaba la tenencia de forma preferencial y prioritaria a la madre. Por lo tanto, es inconstitucional por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación, al interés superior de los niños, niñas y adolescentes y a la corresponsabilidad parental.

La Corte Constitucional también se pronunció sobre la violencia vicaria de género. Observó que en Ecuador existen altas cifras de violencia contra la mujer. Doctrinariamente, el concepto de violencia vicaria de género ha sido entendido como los “supuestos en que es el varón quien ejerce el daño/venganza sobre la mujer a través de los hijos”. Esta forma de violencia no ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; no obstante, dentro de la doctrina, ha sido contemplada como la forma más extrema de la violencia de género. En estos casos, el maltratador cuenta con el régimen de visitas para ejercer la violencia vicaria de género, en la que el hijo o la hija se tornan en objeto de la agresión. Este tipo de violencia aumenta con la separación de la pareja y algunos ejemplos pueden ser: amenazas a la progenitora sobre la vida de sus hijos, terminar con la vida de sus hijos o entregarlos en estados deplorables. Mujeres y niños pueden ser víctimas directas de este tipo de violencia, por lo que cualquier decisión relacionada a niños, niñas y adolescentes —como establecer el régimen de visitas o el encargo de la tenencia— se debe tomar de modo diligente y con los recaudos necesarios para descartar la existencia de violencia física, psicológica, emocional, de género, doméstica-intrafamiliar y patrimonial.

La Corte Constitucional estimó que las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre

que no afecte el interés superior del hijo o la hija” eran inconstitucionales. Aunque la Corte Constitucional carece de atribuciones legislativas, advirtió la necesidad de una reforma legislativa al Código de la Niñez y Adolescencia que contemplara el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como principio rector para el encargo de la tenencia al padre o a la madre del menor, independientemente de su sexo, e incorporara los parámetros para evaluar el encargo de la tenencia, acorde a principios como la corresponsabilidad parental.

Hasta tanto se establezca un nuevo marco regulatorio, la Corte Constitucional estableció parámetros a seguir por las autoridades judiciales, a fin de garantizar los derechos de los menores. Así, determinó que en ningún caso el juez podrá fundar su decisión en el género de los progenitores o en su capacidad económica; se deberá evaluar cada caso, de acuerdo al contexto y con base en todos los elementos establecidos en la decisión de la Corte Constitucional, sin suponer que unos tienen mayor jerarquía que otros; se deberá considerar la opinión del menor, sus deseos y emociones en función de su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez; se evaluará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades físicas, emocionales y educativas del menor, y se deberán adoptar con diligencia todas las medidas necesarias para descartar la amenaza de violencia física, psicológica, doméstica, patrimonial y vicaria; se procurará mantener la continuidad en la vida de los menores —domicilio, estabilidad y rutinas hasta la separación de los padres—; se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con los progenitores antes de producirse la separación, así como la aptitud e idoneidad de estos para satisfacer el bienestar del menor, lo que implica ofrecer un entorno adecuado para su edad, cuidado, protección y seguridad; se valorará si el menor ha sufrido algún daño o si potencialmente está en riesgo de sufrirlo; se observarán las actitudes de cooperación de ambos progenitores para garantizar el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar; se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el menor, sus padres y su familia ampliada, entre otras cosas. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros referidos.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, acción pública de inconstitucionalidad presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia contra el art. 106, núms. 2 y 4, del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), sentencia 28-15-IN/21 del 24-11-2021, en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1YWJlTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la vida. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de tratos inhumanos y degradantes. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: la demandante, M. S., es una abogada italiana. En abril de 2004, presentó una primera denuncia penal en la que declaró haber sido agredida por su marido, D. P.

El 19 de enero de 2007, D. P. visitó la oficina de M. S., que estaba acompañada por su cuñado L. S. y por un colega, para hablar sobre su separación. Durante la discusión, D. P. trató de atacar a M. S. y lesionó a L. S. en la pierna con un arma blanca. Esa misma noche, la demandante presentó una denuncia en la comisaría. La policía realizó un informe con las declaraciones de M. S., del colega presente durante el ataque y de otros testigos y continuó la investigación sobre los hechos a partir de nuevas denuncias que la mujer realizó en febrero, marzo y abril de 2007.

El 24 de octubre de 2007, el fiscal solicitó al juez de instrucción que enviara a D. P. a juicio por los hechos del 19 de enero de ese año.

Siete años después de los hechos, el 27 de junio de 2014, el tribunal de Potenza declaró a D. P. culpable y lo condenó a un año de prisión. D. P. apeló en mayo de 2015.

En una sentencia de junio de 2016, la Corte de Apelaciones consideró que los hechos delictivos imputados a D. P. habían prescrito.

Previamente, entre febrero y abril de 2007, M. S. había interpuesto nuevas denuncias contra D. P. por hostigamiento. También denunció haber recibido amenazas de un extraño así como llamadas telefónicas anónimas y que uno de sus hijos había sido seguido por D. P. Solicitó a la policía que advirtiera a D. P. para que dejara de acosarla y perseguirla.

Luego, en junio de 2008, M. S. presentó otra denuncia a la policía por las amenazas que continuaba recibiendo. En septiembre de ese año, denunció nuevamente que D. P. la había amenazado verbal y físicamente. El 7 de octubre, realizó otra denuncia policial, tras haber sido golpeada en la cabeza y en otras partes del cuerpo por D. P. con un palo.

A partir de estas denuncias, se abrieron nuevos procesos penales. El 21 de octubre de 2008, la policía solicitó al fiscal la adopción de una medida cautelar contra D. P. por sus reiterados actos de violencia contra M. S.

En noviembre de 2008, el juez de instrucción impuso arresto domiciliario a D. P. En febrero de 2009, declaró la ineficacia de la medida de arresto domiciliario por la expiración de los plazos previstos en el Código Procesal Penal. El fiscal pidió reemplazar el arresto domiciliario por la prohibición de permanecer en el municipio de Potenza y la obligación de presentarse ante la policía. El juez consideró que la solicitud era infundada, porque no habían surgido nuevos hechos que la justificaran. Por lo tanto, reclasificó la solicitud del fiscal y aplicó a D. P. solo una medida que le prohibía permanecer en el municipio de Potenza, pero le permitía asistir a las audiencias.

El 10 de abril de 2015, unos seis años después, el tribunal declaró a D. P. culpable de los delitos imputados y lo condenó a dieciséis meses de prisión en suspenso. Sin embargo, consideró que los hechos vinculados con malos tratos habían prescrito.

Tras un recurso interpuesto por D. P. en marzo de 2016, la Corte de Apelaciones declaró que los hechos vinculados con malos tratos habían prescrito y lo condenó a un año y un mes de prisión únicamente por las lesiones causadas a M. S. tras agredirla con un palo.

Por su parte, el 26 de mayo de 2010, M. S. había presentado otra denuncia y alegado que padecía amenazas y era hostigada continuamente. Al día siguiente, denunció de nuevo haber sido seguida y amenazada por D. P. Otra denuncia similar fue realizada en agosto de 2010.

En septiembre de ese año, M. S. presentó otra denuncia en la que alegaba que, mientras ella conducía su automóvil, una camioneta había comenzado a seguirla. En mayo de 2012, la demandante denunció que D. P. había continuado amenazándola y siguiéndola. En junio de 2012, D. P. fue amonestado por la policía y se le advirtió que, en caso de reincidencia, podría ser llevado ante las autoridades judiciales.

En una sentencia de noviembre de 2020, ocho años después del inicio del proceso, el tribunal condenó a D. P. a tres años de prisión por hostigamiento, pero lo absolvió del delito de extorsión.

M. S. realizó otras denuncias de amenazas y acoso entre junio y noviembre de 2013 y solicitó una orden de prohibición de acercamiento. En enero de 2017, D. P. fue enviado a juicio por el delito de hostigamiento por esos hechos. El procedimiento aún está en curso.

En función de todos estos antecedentes, la demandante se presentó ante la Corte Europea de Derechos Humanos y reclamó por la violación de los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (derecho a la tutela judicial efectiva) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Alegó que las autoridades italianas, aunque habían sido advertidas repetidamente de los actos de violencia, no habían tomado las medidas necesarias y apropiadas para protegerla y no habían impedido que ocurrieran más hechos de violencia doméstica. Observó que, si bien el agresor había sido juzgado en diversas instancias, la falta de diligencia judicial había provocado la prescripción de varios delitos y la consiguiente absolución de D. P. en más de una ocasión. Del mismo modo, señaló que otros procesos todavía estaban en curso y resultaban demasiado largos. Concluyó que las autoridades italianas habían incumplido sus obligaciones positivas consagradas por la Convención.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos, por unanimidad, resolvió que había habido una violación del art. 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) de la Convención Europea de Derechos Humanos, porque las autoridades no habían juzgado, en tiempo y forma, los delitos cometidos contra la demandante. Por lo tanto, condenó al Estado italiano por su inacción frente a este caso de violencia doméstica reiterada, a pesar de que la afectada había interpuesto

las acciones legales correspondientes. La Corte Europea señaló que los delitos de violencia doméstica reiterada eran especialmente gravosos, equiparables a la tortura y a los malos tratos infligidos por agentes del Estado, y, por eso, no podían estar sujetos a amnistías o prescripciones penales. En conclusión, las autoridades italianas no habían actuado con la prontitud y la diligencia necesarias ante hechos de violencia intrafamiliar y no habían respondido a las obligaciones positivas establecidas por la Convención.

La Corte Europea declaró que había habido una violación del art. 3 en su aspecto sustantivo en el período comprendido entre el 19 de enero de 2007 y el 21 de octubre de 2008, pero no en el período comprendido entre el 22 de octubre de 2008 y el 5 de enero de 2018. Además, consideró que había habido una violación del art. 3 en su aspecto procesal.

La Corte Europea consideró que los delitos de violencia doméstica estaban entre los más graves. Advirtió que su propia jurisprudencia sostenía que no se cumplía con las obligaciones procesales del art. 3 si las investigaciones de estos delitos se cerraban por prescripción a causa de fallas o inactividad de las autoridades.

En relación con esto, destacó que, desde un punto de vista general, el marco jurídico italiano era adecuado para brindar protección contra actos de violencia doméstica. También observó que la policía había respondido sin demora a las denuncias presentadas por la demandante desde enero de 2007 y que había intervenido en episodios violentos.

En su análisis de fondo, la Corte Europea dividió la actuación de las autoridades en dos períodos. En el primero, desde el 19 de enero de 2007 hasta el 21 de octubre de 2008, observó que no se había realizado un estudio adecuado sobre los riesgos a los que estaba expuesta la víctima, ni tampoco se habían concedido las medidas cautelares solicitadas. De hecho, ninguna acción había sido tomada por las autoridades durante aproximadamente trece meses: ni D. P. había sido detenido, ni se habían aplicado medidas de protección a pesar de las denuncias por un ataque con arma blanca y por maltrato, acoso y amenazas. La primera evaluación de riesgos fue realizada solo cuando se solicitó la medida cautelar, es decir, trece meses después de la primera denuncia, aun cuando había indicios claros de un crecimiento de las agresiones por parte de D. P. El envío fue requerido diez meses después del ataque y la audiencia preliminar fue realizada diecinueve meses más tarde. Durante este largo período, el riesgo de violencia recurrente no había sido debidamente evaluado.

En el segundo período, desde el 22 de octubre de 2008 hasta el 5 de enero de 2018, la Corte Europea constató que las autoridades habían atendido de forma proactiva e integral las denuncias de la demandante, aunque la negligencia anterior había provocado la prescripción de varios de los delitos. La policía escuchó directamente a los involucrados, es decir, la solicitante y sus familiares, así como a testigos de los episodios violentos, y elaboró informes detallados. En particular, la policía tuvo en cuenta el hecho de que la demandante estaba aterrorizada y que había sido amenazada y señaló una serie de factores de riesgo pertinentes. Así, solicitó una medida de protección que fue aplicada por el juez de instrucción. Los riesgos de violencia recurrente también habían sido tenidos

en cuenta. Asimismo, la Corte Europea indicó que los fiscales habían iniciado tres procesos penales contra D. P. por diversos delitos.

En las circunstancias de este caso, la Corte Europea entendió que no podía sostenerse que las autoridades italianas hubieran actuado con suficiente prontitud y con razonable diligencia. La consecuencia de la inacción y las fallas es que D. P. disfrutó de una impunidad casi total.

Por otro lado, la Corte Europea destacó que, desde el dictado de la sentencia *Talpis v. Italia* en 2017, este país había tomado medidas para aplicar el Convenio de Estambul (sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica), lo que demostraba su voluntad política real de prevenir y combatir esta clase de violencia. Inclusive, una serie de reformas legislativas sucesivas ya habían sido adoptadas a partir de 2008. La Corte Europea consideró importante señalar que las circunstancias de este caso se enmarcaban en un período anterior a las reformas.

Además, la Corte Europea rechazó que este caso pudiera demostrar una pasividad general de la Justicia italiana en relación con brindar protección efectiva a las mujeres víctimas de violencia doméstica. Del mismo modo, la demandante tampoco alegó que los investigadores hubieran tratado de disuadirla de enjuiciar a D. P. o de testificar en su contra, ni que hubieran intentado obstruir sus denuncias. Por eso, la Corte Europea consideró que no había pruebas de que las autoridades hubieran actuado de manera discriminatoria. Concluyó que las deficiencias denunciadas en este caso se debían a la pasividad de las autoridades, pero que no expresaban, en sí mismas, una actitud discriminatoria.

Por último, la Corte Europea dispuso que Italia debía pagar a la demandante €10 000 por daños morales y €19 por costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *M. S. c. Italie* (n.º 32715/19), sentencia del 7-7-2022, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218130>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho a la vida. Envenenamiento y asesinato de un desertor y disidente ruso en el Reino Unido. Ejercicio de poder físico y de control sobre la vida de un hombre en una situación de proximidad. Falta de investigación efectiva de la muerte por parte de las autoridades nacionales. Competencia jurisdiccional. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Marina Anatolyevna Litvinenko (alias Maria Anna Carter) es viuda del desertor y disidente ruso Aleksandr Valterovich Litvinenko. Desde 1988 en adelante, Litvinenko había trabajado en el Comité de Seguridad

del Estado de la URSS (KGB) y en las agencias que lo habían sucedido, incluido el Servicio Federal de Seguridad (FSB) de Rusia, donde inicialmente se desempeñó en la unidad de delincuencia organizada y más tarde en el departamento antiterrorista. En 1994, mientras investigaba un intento de asesinato de Boris Berezovskiy, un rico empresario y magnate de los medios de comunicación, entabló una estrecha amistad con él.

En 1997, se había encargado a Litvinenko la realización de operaciones especiales, que él consideró ilegales, como, por ejemplo, examinar la posibilidad de asesinar a Berezovskiy. Litvinenko denunció esas operaciones a la fiscalía militar y también al recién nombrado jefe del FSB. En noviembre de 1998, hizo públicas sus acusaciones contra el FSB en una conferencia de prensa ante medios de comunicación internacionales. Un mes después, fue despedido del FSB. En marzo de 1999, fue detenido y encarcelado durante ocho meses en la prisión de Lefortovo, acusado de abuso de autoridad. En noviembre de ese año, fue absuelto por un tribunal de primera instancia, pero inmediatamente volvió a ser detenido por cargos similares. Luego se inició un tercer proceso contra él, acusado de haber colocado pruebas para incriminar a un sospechoso. Estos procesos seguían pendientes en Moscú cuando Litvinenko abandonó Rusia, en septiembre de 2000. Finalmente, fue condenado en ausencia por esos cargos en 2002.

En 2001, el Reino Unido concedió asilo a Litvinenko y a su familia. En 2006, les concedió la ciudadanía y Litvinenko y su esposa cambiaron sus nombres por Edwin Redwald Carter y Maria Anna Carter.

En el Reino Unido, Litvinenko denunció la corrupción existente en los servicios de inteligencia rusos y sus vínculos con el crimen organizado. Publicó libros en los que acusaba al FSB de ser el artífice del atentado contra cuatro edificios de departamentos en Moscú en 1999 para justificar la decisión de iniciar la segunda guerra de Chechenia. Mantuvo una amistad con Berezovskiy, quien abandonó Rusia a finales de 2000 y consiguió asilo en el Reino Unido.

Existen pruebas de que Litvinenko asesoró a los servicios de inteligencia británicos sobre la delincuencia organizada rusa en Europa y viajó a otros países europeos, en particular a España, para colaborar con sus fuerzas de seguridad. Asimismo, cooperó con un consultor de la comisión creada por el Parlamento italiano para examinar las actividades de la KGB y la delincuencia organizada rusa en Italia.

Litvinenko también había preparado informes de “diligencia debida” para empresas privadas de seguridad que necesitaban información sobre contactos comerciales rusos. Las pesquisas que se había comprometido a realizar le exigían la ayuda de sus contactos en Moscú. Por ello, a partir de 2005, había involucrado en sus actividades comerciales a Andrey Lugovoy, ex agente de la KGB y del Servicio Federal de Protección, jefe de seguridad de la cadena de televisión de Berezovskiy y posteriormente propietario de una empresa de seguridad en Rusia. Uno de esos informes era acerca de un funcionario ruso, en ese entonces asistente del presidente de Rusia, que había entablado vínculos estrechos con el grupo delictivo Tambovskaya, tenía intereses comerciales en proyectos de infraestructura rusos y había ayudado a un cártel colombiano de droga en un plan de lavado de dinero. Aparentemente,

el informe —concluido en septiembre de 2006— había provocado el colapso del proyecto de negocios del funcionario en cuestión y le había causado importantes pérdidas financieras.

En octubre de ese año, Andrey Lugovoy visitó Londres tres veces junto con Dmitriy Kovtun. Durante la primera visita, tuvo lugar una reunión y una cena entre ellos dos y Litvinenko. Esa noche, Litvinenko vomitó y estuvo enfermo durante dos días. Además, Lugovoy y Kovtun abandonaron el hotel un día antes de lo previsto. Más tarde se descubrió que su habitación contenía un nivel importante de contaminación por polonio. También se encontraron más pruebas de contaminación en las zonas de Londres que ambos habían visitado, incluida la habitación en la que había tenido lugar la reunión y el restaurante en el que habían cenado. En su segunda visita a Londres, Lugovoy se reunió con Litvinenko. En la habitación de su hotel también se detectó contaminación. En su tercera visita a Londres, Lugovoy y Kovtun se reunieron en el bar del hotel con Litvinenko, que bebió té. Numerosos restos de polonio fueron encontrados en la tetera y en los baños que habían utilizado. Luego, Lugovoy y Kovtun regresaron a Moscú. En el avión en el que viajaron se halló contaminación por polonio y también en los asientos que habían ocupado en un estadio de fútbol de Londres, donde habían asistido a un partido.

El 2 de noviembre de 2006, Litvinenko cayó enfermo con vómitos, dolor abdominal y diarrea sanguinolenta. Al día siguiente, fue ingresado en el hospital. Luego fue trasladado al University College Hospital. Se sospechó que había sido envenenado con agentes quimioterapéuticos o radioisótopos. Litvinenko murió el 23 de noviembre de 2006. Se estableció que la causa de su muerte había sido un síndrome agudo de radiación causado por niveles muy altos de polonio 210.

Antes de la muerte de Litvinenko, se había iniciado una investigación policial en el Reino Unido. En mayo de 2007, el Servicio de la Fiscalía de la Corona había determinado que había suficientes pruebas contra Lugovoy para acusarlo del asesinato. Las autoridades intentaron que fuera extraditado al Reino Unido para ser juzgado, pero las autoridades rusas se negaron a hacerlo debido a la protección constitucional contra la extradición de ciudadanos rusos. En 2011, Kovtun también fue acusado del asesinato y se solicitó una orden de detención en su contra. Sin embargo, en diciembre de 2007 Lugovoy se había convertido en miembro del Parlamento ruso y, por lo tanto, tenía inmunidad parlamentaria.

El 7 de diciembre de 2006, el fiscal general ruso inició una investigación penal interna. En el Reino Unido, se llevó a cabo una investigación pública que determinó, más allá de toda duda razonable, que Litvinenko había sido envenenado con polonio, que el veneno había sido administrado por Lugovoy y Kovtun y que no se había envenenado a sí mismo de forma accidental o deliberada. La investigación tomó nota de los motivos que podían haber llevado al Estado ruso a provocar la muerte de Litvinenko, y de las pruebas de los vínculos entre Lugovoy y Kovtun y ese Estado. Con base en las pruebas, se concluyó que Lugovoy había actuado bajo la dirección del FSB así como Kovtun —posiblemente de forma indirecta a través de Lugovoy, pero probablemente con su conocimiento—.

La viuda de Litvinenko recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos y alegó que su marido había sido asesinado bajo la dirección o con la aquiescencia o connivencia de las autoridades rusas, que, según su denuncia, no habían llevado a cabo una investigación interna efectiva del asesinato.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, por seis votos contra uno, que había habido una violación del art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos en cuanto al fondo y al procedimiento y rechazó la excepción de inadmisibilidad *ratione loci* presentada por el Gobierno ruso. Asimismo, decidió que el Estado demandado debía pagar a la recurrente: €100 000 euros más los impuestos que pudieran corresponder en concepto de daño moral y €22 500 más los impuestos que pudieran corresponder en concepto de costas y gastos.

La Corte Europea de Derechos humanos reiteró que el art. 2 de la Convención, que salvaguarda el derecho a la vida y establece las circunstancias en las que la privación de la vida puede estar justificada, es una de las disposiciones fundamentales de la Convención, de la que no se contempla ninguna excepción.

La recurrente había afirmado que los actos de preparación, planificación, conocimiento y acuerdo habían tenido lugar en territorio ruso. El polonio 210 utilizado para matar a su marido había sido producido en las instalaciones de Avangard en Rusia y puesto a disposición de Lugovoy y otros. Ella se había basado en la jurisprudencia de la CEDH, según la cual, la aquiescencia o la connivencia de las autoridades de un Estado contratante en actos de particulares, violatorios de los derechos de la Convención de otros individuos dentro de su jurisdicción, podía, con arreglo a la Convención, comprometer la responsabilidad de ese Estado. Asimismo, había concluido que Rusia también era competente, o se había arrogado la competencia sobre el asunto, por haber iniciado una investigación penal. Además, había alegado que una investigación exhaustiva por parte de las autoridades británicas había recogido pruebas convincentes en apoyo de su afirmación de que su marido había sido asesinado por Lugovoy junto con otras personas, que habían actuado como agentes de las autoridades rusas o con su conocimiento, apoyo y connivencia.

El Gobierno ruso había alegado que el recurso resultaba inadmisibile *ratione loci* porque los hechos habían ocurrido fuera de la jurisdicción rusa. En el momento de su envenenamiento, Litvinenko era ciudadano británico, Rusia no tenía ninguna autoridad real sobre el territorio británico y no existía ningún vínculo causal entre las acciones de las autoridades rusas y los acontecimientos del caso. Nunca se había identificado a la persona responsable de la muerte de Litvinenko y, quienquiera que fuera, no había motivos para creer que hubiera actuado bajo la autoridad o con la connivencia del Estado ruso. En apoyo a su posición, el Gobierno ruso se remitía a las conclusiones de una investigación interna que había establecido que Lugovoy no había participado en el asesinato. Por otro lado, observó que no se había encontrado ninguna fuga o robo de polonio 210 en las instalaciones de producción en Avangard. Además, sostuvo que el material presentado por las autoridades británicas no contenía pruebas suficientes para el enjuiciamiento de Lugovoy en Rusia.

La Corte Europea reiteró que el ejercicio de la jurisdicción era condición necesaria para que un Estado contratante pudiera ser considerado responsable de los actos u omisiones que se le imputaban y que daban lugar a una denuncia de violación de los derechos y libertades establecidos en la Convención. Pese a que, en virtud del art. 1 de la Convención, la competencia jurisdiccional de un Estado es fundamentalmente territorial, la Corte Europea había reconocido, en su jurisprudencia, una serie de circunstancias excepcionales que podían dar lugar al ejercicio de la jurisdicción de un Estado contratante fuera de sus propios límites territoriales.

En efecto, los dos criterios principales que rigen el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial son: el control efectivo por parte del Estado de un área fuera de su territorio (concepto espacial de jurisdicción) y la autoridad y control del agente del Estado sobre los individuos (concepto personal de jurisdicción). En este caso, resultaba relevante el segundo criterio. Según este concepto, el uso de la fuerza por parte de los agentes de un Estado que operan fuera de su territorio puede hacer que el individuo que queda bajo el control de las autoridades del Estado entre en su jurisdicción en virtud del art. 1 de la Convención. En estos casos, la jurisdicción no surge únicamente del control ejercido por el Estado contratante sobre los lugares físicos en los que se encuentran los individuos, sino más bien del ejercicio de poder físico y de control sobre la persona en cuestión. Siempre que un Estado, a través de sus agentes, ejerza control y autoridad sobre un individuo y, por lo tanto, jurisdicción, tiene la obligación de garantizar, a ese individuo, los derechos y libertades previstos en la Sección I de la Convención que sean pertinentes en esa situación.

La Corte Europea sostuvo que, en tales situaciones, la responsabilidad surgía de la circunstancia de que el art. 1 de la Convención no puede interpretarse en el sentido de que permite a un Estado parte perpetrar violaciones de la Convención, que no podría perpetrar en su propio territorio, en el territorio de otro Estado. Las violaciones específicas de los derechos humanos de un individuo por parte de un Estado contratante en el territorio de otro Estado contratante menoscaban la eficacia de la Convención como guardiana de los derechos humanos y como garante de la paz, la estabilidad y el Estado de derecho en Europa.

En lo que respecta a la parte procesal del art. 2 de la Convención, en los casos en que la muerte se produce bajo una jurisdicción diferente a la del Estado respecto del cual surge la obligación procesal, la Corte Europea sostuvo que el inicio, por parte de las autoridades investigativas o judiciales del Estado demandado, de su propia investigación penal sobre el fallecimiento en cuestión en principio era suficiente para establecer un vínculo jurisdiccional a efectos del art. 1 entre ese Estado y los familiares de la víctima que recurren a la Corte Europea. Este tribunal subrayó que eso se hallaba en consonancia con la naturaleza de la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva en virtud del art. 2, convertido en una obligación separada y autónoma, capaz de vincular al Estado incluso cuando la muerte se produjera fuera de su jurisdicción.

La Corte Europea observó que las autoridades rusas habían iniciado su propia investigación penal en virtud de las disposiciones de derecho interno que

les otorgaban competencia para investigar los delitos contra los ciudadanos rusos dondequiera que se cometieran. Además, señaló que los sospechosos del asesinato eran ciudadanos rusos que, desde su regreso a Rusia, gozaban de protección constitucional contra la extradición, que había sido invocada por las autoridades rusas para denegar la extradición de uno de ellos al Reino Unido. En consecuencia, las autoridades de ese país no habían podido proseguir con el enjuiciamiento penal de los sospechosos. Mientras que la posibilidad de que un Estado pueda rechazar una solicitud de extradición de un ciudadano suyo no es, en sí misma, incompatible con la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva, el hecho de que el Gobierno ruso mantuviera la jurisdicción exclusiva sobre una persona acusada de una grave violación de los derechos humanos constituía una característica especial.

La Corte Europea sostuvo que la finalidad esencial de una investigación era garantizar la aplicación efectiva de las leyes internas que protegen el derecho a la vida y garantizar la rendición de cuentas de los responsables. Para ser eficaz, una investigación debía ser capaz de conducir al esclarecimiento de los hechos y, en su caso, a la identificación y sanción de los responsables. Las autoridades tenían que tomar las medidas razonables a su alcance para garantizar las pruebas relativas al incidente en cuestión. Las conclusiones de la investigación debían basarse en un análisis exhaustivo, objetivo e imparcial de todos los elementos relevantes.

En este caso, las autoridades rusas habían iniciado una investigación en diciembre de 2006, dos semanas después de la muerte de Litvinenko. Sin embargo, la Corte Europea argumentó que lo relevante no era tanto si había habido una investigación, sino si había sido efectiva y si las autoridades estaban decididas a identificar y a procesar a los responsables de la muerte de Litvinenko.

La Corte Europea formuló al Gobierno ruso una serie de preguntas específicas sobre el desarrollo de la investigación interna. En particular, preguntó si Lugovoy había sido entrevistado; si se habían buscado y localizado rastros de polonio 210 en Rusia; si se habían analizado el domicilio, el coche o la oficina de Lugovoy en busca de polonio 210; si se habían examinado las instalaciones de producción y almacenamiento del laboratorio donde se fabricaba el polonio 210 en busca de lotes perdidos, y si se habían entrevistado a los funcionarios responsables de la producción, el almacenamiento o la circulación del polonio 210.

Las autoridades rusas habrían intentado frustrar los esfuerzos de los investigadores británicos. Se habían negado a facilitar el avión en el que Lugovoy y Kovtun habían viajado de Moscú a Londres para que fueran realizadas pruebas de contaminación radiactiva.

La Corte Europea recordó que, poco después de que un tribunal de primera instancia emitiera una orden de detención contra Lugovoy, a último momento se había anunciado que se presentaría a las elecciones de la Duma como miembro del Partido Liberal Democrático. Cuando dos meses después había sido elegido, había adquirido inmunidad parlamentaria. Posteriormente había sido reelegido en la candidatura del mismo partido. Sin embargo, esto no era impedimento para que fuera investigado o incluso procesado; las disposiciones legales pertinentes indicaban que podía ser privado de su inmunidad con el consentimiento de la

cámara baja del Parlamento de la que era miembro. Sin embargo, las autoridades rusas no habían tomado en cuenta esta posibilidad.

El Gobierno ruso no había presentado ni el expediente de la investigación penal ni las solicitudes de asistencia jurídica al Reino Unido. Esta omisión resultaba especialmente llamativa dado que, en el momento en que se habían presentado las solicitudes, la investigación rusa ya había concluido que no se habían producido fugas ni robos en la instalación rusa de fabricación de polonio 210, y ya había exonerado a Lugovoy y a Kovtun e indicado que no se estaba investigando a ningún otro sospechoso. Por eso, la Corte Europea consideró que había habido una violación de la parte procesal del art. 2 de la Convención, ya que las autoridades rusas no habían llevado a cabo una investigación efectiva sobre la muerte de Litvinenko.

La Corte Europea sostuvo que las circunstancias de la muerte de Litvinenko no constituían una cuestión de especulación y suposición. En efecto, se había establecido, más allá de toda duda razonable, que había sido envenenado con polonio 210, un isótopo radioactivo poco común, y que, más allá de toda duda razonable, el veneno había sido administrado por Lugovoy y Kovtun. Por eso, rechazó la afirmación del Gobierno ruso de que el autor o los autores del asesinato no habían sido identificados.

Por otro lado, las pruebas de premeditación indicaban claramente que la muerte de Litvinenko había sido el resultado de una operación planificada y compleja que incluía la obtención de un veneno mortal poco común, los preparativos de viaje de Lugovoy y Kovtun y múltiples intentos de administrar el veneno. Litvinenko no había sido una víctima accidental de la operación; la posibilidad de que pudiera haber ingerido polonio 210 accidentalmente no estaba confirmada por las pruebas. Por el contrario, los intentos reiterados y sostenidos de poner veneno en su bebida demostraban que Litvinenko era el objetivo de la operación.

Las pruebas habían establecido, más allá de toda duda razonable, que Lugovoy y Kovtun sabían que estaban utilizando un veneno mortal y no un suero o un somnífero. Al poner el veneno en la tetera de la que Litvinenko había bebido, sabían que, una vez ingerido, el veneno mataría a Litvinenko, que no pudo hacer nada para escapar de la situación. En ese sentido, se encontraba bajo el control físico de Lugovoy y de Kovtun, que ejercían poder sobre su vida.

Se constató que, cuando Lugovoy y Kovtun cometieron el asesinato de Litvinenko, no actuaron por iniciativa propia, sino bajo la dirección de otra entidad. No había pruebas de que alguno de los dos tuviera razones personales para matar a Litvinenko y no era plausible que, si hubieran actuado por su cuenta, hubieran tenido acceso al raro isótopo radiactivo utilizado para envenenarlo. El uso de polonio 210 indicaba claramente que Lugovoy y Kovtun habían actuado con el apoyo de una entidad estatal que les había permitido conseguir el veneno. Un isótopo radioactivo era un arma homicida improbable para los delincuentes comunes y debía proceder de un reactor controlado por el Estado.

No solo los medios con los que se había perpetrado el asesinato, sino también los motivos subyacentes apuntaban a la participación del Estado. La investigación pública británica había revisado cuidadosamente y descartado varias teorías sobre las

entidades que podrían haber deseado la muerte de Litvinenko, lo cual indicaba que la única teoría defendible era la de la implicación del Estado. Además, el informe de la investigación había identificado varias razones por las que organizaciones y personas del Estado ruso habrían deseado atentar contra Litvinenko. Tras examinar todas las pruebas que tenía ante sí, existía una fuerte probabilidad de que, al envenenar a Litvinenko, Lugovoy y Kovtun hubieran actuado bajo la dirección del servicio de seguridad ruso.

En un caso de asesinato selectivo extrajudicial y extraterritorial, es poco lo que pueden hacer las autoridades del Estado en cuyo suelo se ha cometido. Si las circunstancias lo permiten, deben identificar a los autores y los elementos que los vinculan al Estado presuntamente responsable. Eso hicieron las autoridades del Reino Unido. La Corte Europea consideró que la identificación de los autores del homicidio y la indicación de su conexión con las autoridades del Estado demandado habían permitido establecer indicios sólidos de que, al matar a Litvinenko, Lugovoy y Kovtun habían actuado bajo la dirección o el control de las autoridades rusas.

Pese a que teóricamente existía la posibilidad de que el asesinato de Litvinenko no implicara la responsabilidad del Estado, la información necesaria para corroborar esa teoría se encontraba en su totalidad, o en gran parte, exclusivamente en manos de las autoridades rusas que, además, habían hecho valer la jurisdicción exclusiva sobre Lugovoy y Kovtun al invocar la protección constitucional contra la extradición. En estas circunstancias, la carga de la prueba se había trasladado a las autoridades del Estado demandado, de las que se esperaba que llevaran a cabo una investigación meticulosa sobre esa posibilidad, que identificaran a los implicados en la operación y que determinaran si la conducta de Lugovoy y Kovtun estaba dirigida o controlada por alguna entidad o funcionario del Estado.

Sin embargo, el Gobierno ruso no había hecho ningún intento serio de dilucidar los hechos ni de rebatir las conclusiones de las autoridades del Reino Unido. De hecho, no había participado en ninguna investigación, ni en las llevadas a cabo en el Reino Unido ni en las realizadas por la Corte Europea.

El Gobierno ruso se había negado a participar en la investigación pública sobre la muerte de Litvinenko. No había cumplido con sus obligaciones en virtud del art. 38 de la Convención, dada su negativa injustificada a presentar una copia de los materiales relativos a la investigación interna que permitieran descartar la participación del Estado en la muerte de Litvinenko. La Corte concluyó que Litvinenko había sido envenenado por Lugovoy y Kovtun, quienes habían actuado como agentes del Estado demandado.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Carter v. Russia*, sentencia del 21-9-2021, en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-211972>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Derecho a la libertad de expresión. Derecho a un juicio justo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: en febrero de 2014, un grupo de jueces catalanes firmó un manifiesto. Allí expresaron su opinión legal de que el pueblo catalán tenía derecho a decidir sobre la independencia de Cataluña en el marco de la Constitución española y el derecho internacional. Poco después, fotos e información personal de estos magistrados, tomados de la base de datos policial, fueron filtradas al diario La Razón, que, el 3 de marzo de ese año, publicó un artículo titulado “La conspiración de los treinta y tres jueces soberanistas”. La nota expuso sus nombres, fotos, los tribunales donde trabajaban y, en algunos casos, sus ideas políticas.

A raíz de una denuncia de algunos de los afectados, que reclamaron por daños y perjuicios, se inició un proceso en España. El procedimiento penal fue llevado adelante, primero, por el Juzgado de Instrucción n.º 22 de Barcelona y se trasladó, después, al Juzgado de Instrucción n.º 15 de Madrid. El magistrado de este juzgado sostuvo que, si bien los hechos investigados constituían un delito, no había motivos suficientes para atribuirlos a una persona en particular. En consecuencia, desestimó la denuncia por no poder identificar a los responsables de los hechos delictivos. Los solicitantes apelaron a la Audiencia Provincial de Madrid que, en abril de 2016, también desestimó el planteo.

En 2014, los accionantes también denunciaron la publicación del artículo ante la Agencia de Protección de Datos y acusaron tanto al diario La Razón como al Ministerio del Interior. El planteo no prosperó, pero, en la apelación, la Audiencia Nacional ordenó que se llevara a cabo una investigación completa, que todavía está pendiente y no fue concluida.

También en 2014, a raíz de la denuncia de la asociación gremial de la función pública Manos Limpias, el Consejo General del Poder Judicial inició procedimientos disciplinarios contra los magistrados que habían suscrito el manifiesto. Sin embargo, no se dictaron sanciones y el proceso fue cerrado.

Los accionantes, veinte de los jueces catalanes mencionados en el artículo periodístico, se presentaron ante la Corte Europea de Derechos Humanos e invocaron los arts. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión) y 6.1 (derecho a un juicio justo) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Se quejaron de que la policía había recopilado un expediente sobre ellos sin justificación alguna y usado fotos policiales, que luego habían sido filtradas a la prensa. También cuestionaron la acción disciplinaria llevada a cabo en su contra solo por haber expresado sus puntos de vista y afirmaron que la investigación realizada sobre sus denuncias había sido inadecuada.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos, por unanimidad, resolvió que había habido una violación del art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Del mismo

modo, consideró que no habían sido vulnerados los arts. 10 (libertad de expresión) y 6.1 (derecho a un juicio justo).

La Corte Europea advirtió que uno de los objetivos principales del art. 8 era evitar la injerencia de la policía en la intimidad de la vida privada o familiar, el hogar o la correspondencia de una persona. Ese artículo también implicaba la obligación de proteger activamente al individuo de injerencias arbitrarias en su vida privada por parte de las autoridades.

En cuanto a los informes policiales, la Corte Europea señaló que no había una disposición legal interna en España que autorizara la compilación de informes si no existía alguna conexión con un delito. Los informes contenían datos personales, fotografías, información profesional (parcialmente extraída de la base de datos de identificación de la policía) y, en algunos casos, opiniones políticas. La Corte Europea entendió que la mera existencia de estos informes policiales violaba el art. 8.

Con respecto a la filtración de los datos y la investigación subsiguiente, la Corte Europea sostuvo que no estaba en discusión si las fotos y parte de la información habían sido obtenidas de la base de datos de identificación de la policía. Observó que eso estaba confirmado, ya que los propios tribunales locales habían reconocido en sus sentencias que no había otra explicación posible, que las autoridades habían permitido la filtración y que el Estado español era responsable.

Si bien se habían tomado declaraciones a algunos testigos, para realizar una investigación efectiva de la filtración debería haber declarado el jefe de la Policía de Barcelona, porque a él habían sido dirigidos los informes y era el responsable de las bases de datos policiales. Sin embargo, en ninguna parte de la investigación se había adoptado esa medida. A causa de esta falla de la investigación, el Estado español había incumplido con sus obligaciones según el art. 8.

Por todas estas razones, la Corte Europea concluyó que había habido una violación del art. 8 de la Convención.

En cuanto al art. 10, la Corte Europea sostuvo que no se podía discernir ninguna sanción o efecto disuasorio que afectara la libertad de expresión de los accionantes, ya que el Consejo General del Poder Judicial no había adoptado medidas contra los magistrados y el proceso disciplinario había sido cerrado. Por lo tanto, concluyó que la queja en virtud del art.10 era inadmisibile por ser manifiestamente infundada, debido a que se había respetado el derecho a la libertad de expresión.

Además, a partir del examen de los hechos, la Corte Europea consideró que no era necesario examinar las quejas planteadas en virtud del art. 6.1.

Por último, la Corte Europea dispuso que España debía pagar, a cada uno de los veinte accionantes, €4200 por daños morales y €3993 por costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *M. D. and Others v. Spain* (no. 36584/17), sentencia del 28-6-2022, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218034>.



Derecho de la Unión Europea. Derecho al respeto de la vida privada. Derecho a un juicio justo en un plazo razonable. Adultos mayores. Discapacidad. Asistencia personal. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: el demandante, Ioan-Doroteu Jivan, es un ciudadano rumano que sufre de varias condiciones médicas debilitantes (cataratas, pérdida de la audición e incontinencia). En 2015, a los 85 años, debió realizarse una amputación parcial de una pierna. Solo podía moverse en silla de ruedas y, como había perdido fuerza para manipularla, estaba postrado. Vivía en el cuarto piso de un edificio y contaba con la ayuda de su hijo para sus actividades diarias. No había vecinos ni otros familiares cerca que pudieran asistirlo.

El 27 de junio de 2017, una médica enviada por la Comisión Bilhor para la Evaluación de Adultos con Discapacidad evaluó el estado funcional del demandante de acuerdo con el Índice de Independencia en Actividades de la Vida Cotidiana (ADL, por sus siglas en inglés). La médica determinó que el puntaje de Jivanera de cero puntos en relación con su higiene personal, vestirse e ir al baño (con un punto por su incontinencia ocasional) y de dos puntos en relación con su alimentación. Eso daba un total de tres puntos.

El 7 de julio, luego de evaluarlo en su domicilio, la Comisión Bilhor elaboró un informe donde determinó que se encontraba postrado, que podía moverse por el departamento solamente en silla de ruedas y que era absolutamente dependiente de la ayuda de otros para su higiene personal, vestimenta y alimentación, para realizar los quehaceres domésticos y las compras en el supermercado, para trasladarse y usar medios de transporte y los medios de comunicación, y también con sus finanzas y la administración de su medicación. El informe mencionaba que su hijo lo ayudaba con dinero, alimentos y con una persona para limpiar su casa.

El 27 de septiembre de 2017, un inspector del Servicio para la Evaluación Compleja de Adultos con Discapacidad de la Dirección de Bienestar Social y Protección de Menores del Condado de Bihor lo visitó en su vivienda e informó sobre sus condiciones de vida. Describió su condición médica y un deterioro en su estado físico general, advirtió que no podía cubrir sus necesidades básicas por sus propios medios, que podía sentarse pero no caminar, que había perdido considerablemente su masa muscular y que pesaba entre 40 y 45 kg. Asimismo, recomendó tener en cuenta su red de asistencia y garantizar una asistencia permanente para compensar la falta de autonomía.

En octubre de 2017, la comisión emitió un certificado donde establecía que el demandante sufría una discapacidad de nivel medio. Ioan-Doroteu Jivan impugnó el certificado y explicó su situación en detalle, a partir de su historia clínica, el ADL y el informe de la comisión. Reclamó que se le reconociera que sufría una discapacidad severa y que necesitaba un asistente personal.

El 20 de diciembre de 2018, la comisión emitió otro certificado, en el que confirmaba su discapacidad de nivel medio.

El 5 de marzo de 2019, el demandante apeló ante el Tribunal de Condado de Bihor, que determinó que el certificado debía anularse y que la comisión debía emitir uno nuevo que reflejara correctamente que Jivan sufría una discapacidad severa y que necesitaba de un asistente personal.

La comisión apeló la decisión ante el Tribunal de Apelaciones de Oradea, que revocó la sentencia anterior y resolvió que el certificado del 20 de diciembre era correcto, pues consideró que el ADL y el informe de la comisión no eran suficientes para concluir que su discapacidad era severa y que requería un asistente personal, y que su condición de movilidad no estaba comprendida entre las establecidas por ley dentro de ese nivel de discapacidad.

Ioan-Doroteu Jivan falleció en 2020. Su juicio todavía estaba pendiente.

Fundándose en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el art. 6 (derecho a un juicio justo), su hijo, Ioan-Dan Jivan, interpuso una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, donde denunció una violación de los mencionados artículos de la Convención y alegó que su padre había sido forzado al aislamiento como consecuencia de la decisión de las autoridades de negarle los cuidados solicitados. Asimismo, denunció que el proceso había sido demasiado extenso para alguien de su edad.

El Gobierno de Rumania alegó que Ioan-Dan Jivan no tenía legitimación procesal para actuar en representación de su padre y solicitó a la Corte Europea de Derechos Humanos que desestimara su pretensión.

Sentencia: La Corte Europea de Derechos Humanos resolvió en forma unánime que el hijo del demandante tenía legitimación procesal para continuar el juicio en nombre de su padre, declaró admisible la apelación y resolvió que había habido una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos humanos.

El hijo del demandante denunció que, al negarle el beneficio de un asistente personal, las autoridades había violado el derecho de su padre al respeto de la vida privada, lo habían privado de su autonomía y del acceso al mundo exterior y, de este modo, lo habían forzado al aislamiento.

El art. 8 establece: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada” y “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La Corte Europea consideró que el concepto de “vida privada” comprendía el derecho a la autodeterminación, y que la noción de autonomía personal constituía un importante principio incluido en la interpretación de las garantías consagradas en el art. 8. Agregó que la esencia misma de la Convención era el respeto a la dignidad humana y a la libertad humana y sostuvo que, en este caso,

las condiciones reales del demandante eran severas: era un adulto mayor, estaba inmovilizado, tenía incontinencia parcial y necesitaba ayuda con sus quehaceres diarios. Advirtió que, en función de su estado de salud y condiciones de vida, se había determinado que necesitaba una asistencia permanente y consideró que la negativa de las autoridades nacionales de clasificar su condición como severa y de brindarle asistencia personal había impactado en la autonomía personal y la dignidad del demandante y, como consecuencia, en el ejercicio de su derecho al respeto de la vida privada.

La Corte Europea reiteró que, si bien los Estados que adhieren a la Convención poseen un amplio margen de discrecionalidad respecto de cuestiones de políticas sociales, económicas y de salud, cuando una restricción a los derechos fundamentales es aplicada a un grupo social particularmente vulnerable (como las personas con discapacidad o los ancianos), este margen de apreciación se reduce considerablemente y deben existir razones suficientemente fundadas para llevar adelante esa restricción.

La Ley de Discapacidad ordena la protección de personas con discapacidad a partir de una evaluación compleja y personalizada que permite establecer el nivel de discapacidad. Esta evaluación no solo se basa en información médica, sino también en otros indicadores del grado de autonomía (o ausencia de ella) de la persona a la luz de sus condiciones de vida.

La Corte Europea consideró que la comisión y el Tribunal de Apelaciones de Oradea habían centrado su evaluación en la condición médica principal del demandante, esto es, en la amputación parcial de su pierna, sin reconocer la severidad de su condición y la falta de asistencia; y que no habían tenido en cuenta su autonomía, su dignidad, sus condiciones de vida, ni la falta de una red de asistencia por parte de vecinos o familiares. Destacó que, sobre todo, no habían considerado la edad de Jivan, el hecho de que había perdido su pierna a los 85 años, ni las consecuencias de un cambio tan drástico en la vida de una persona de esa edad.

Por todo eso, la Corte Europea consideró que las autoridades nacionales no habían actuado razonablemente respecto de las circunstancias del caso para garantizarle al demandante, una persona mayor con discapacidad, una protección efectiva de su derecho al respeto de la vida privada, lo cual constituía una violación del art. 8 de la Convención.

En cuanto a la supuesta violación del art. 6 de la Convención, el demandante denunció que el proceso a nivel nacional había sido demasiado extenso y que, al postergar la evaluación del caso, el tribunal nacional no había tomado en cuenta su edad y las dificultades que tenía en su vida diaria. El art. 6 establece: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable, por un tribunal”.

El Gobierno alegó que el demandante no había agotado los recursos disponibles a nivel nacional, porque no había interpuesto una demanda por daños y perjuicios, disponible en virtud del Código Civil.

El demandante alegó que, debido a su edad, problemas de salud y falta de recursos económicos, debería haber sido eximido de utilizar ese recurso.

La Corte Europea señaló que no existían razones para considerar que las circunstancias del demandante, por más graves que fueran, permitieran eximirlo de ese recurso, confirmó la objeción del Gobierno y rechazó la pretensión respecto de la supuesta violación del art. 6 de la Convención.

El art. 41 de la Convención establece: “Si la Corte considera que ha habido una violación de la Convención o de sus protocolos, podrá otorgar una compensación equitativa a la parte dañada”.

La Corte Europea acordó al hijo del demandante una compensación equitativa por la suma de €8000 en concepto de daños pecuniarios y no pecuniarios y de €300 en concepto de gastos y costas, más cualquier impuesto que pudiera ser devengado sobre tales montos. Asimismo, determinó que la tasa de interés moratoria se basara en la tasa de tipo marginal del Banco Central Europeo, a la cual se le deberán agregar tres puntos porcentuales a partir del vencimiento del mencionado plazo de tres meses.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Jivan v. Romania* (no. 62250/19), sentencia del 8-2-2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215475>.



Derecho de la Unión Europea. Derechos humanos. Convención Europea de Derechos Humanos. Detención administrativa de extranjeros. Asilo internacional. Derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho a la vida familiar. Bienestar superior del niño. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los apelantes, Artur Nikoghosyan, su esposa, Varditer Hovhannisyan, y sus tres hijos son ciudadanos armenios y viven en Biala Podlaska, Polonia.

En varias ocasiones entre octubre y noviembre de 2016, los demandantes intentaron entrar, sin éxito, a Polonia por la frontera de Medyka. Artur Nikoghosyan denunció que los guardias fronterizos no les habían permitido iniciar el procedimiento de solicitud de asilo a pesar de haber declarado expresamente su voluntad de hacerlo.

El Gobierno de Polonia informó que los demandantes no tenían documentación válida para viajar y que no habían solicitado expresamente asilo internacional, sino que habían declarado que no corrían peligro de persecución en su país de origen y que deseaban emigrar por razones económicas.

El 6 de noviembre de 2016, Artur Nikoghosyan solicitó formalmente asilo internacional, ante los guardias de frontera de Medyka, para él y su familia. Declaró que, si regresaban a su país de origen, corrían peligro porque él formaba parte de un movimiento político opositor. Así, el 9 de noviembre, Artur y Varditer fueron entrevistados para el proceso de asilo.

Unos meses después, el jefe de la Oficina de Migraciones decidió no otorgar a los demandantes el estatus de refugiados con protección internacional, porque consideró que las pruebas del caso no demostraban que su vida o integridad física corrieran peligro si regresaban a su país de origen.

Los demandantes apelaron esta decisión ante el Tribunal de Distrito de Przemyśl, que ordenó el traslado y la detención administrativa del matrimonio y sus tres hijos durante 60 días, en el centro de custodia de extranjeros de Biala Podlaska. El tribunal fundó su decisión en el riesgo de que se fugaran, dado que habían presentado su pedido de asilo luego de que se les impidiera cruzar la frontera en forma ilegal en varias oportunidades. Asimismo, el tribunal consideró que no existía una alternativa menos restrictiva que la detención, dado que la familia solo contaba con cincuenta euros y no tenía domicilio en Polonia.

El matrimonio apeló la sentencia ante el Tribunal Regional y señaló que habían intentado ingresar a Polonia en varias oportunidades debido a las dificultades que habían tenido para comunicarse con los guardias fronterizos.

El Tribunal Regional de Przemyśl confirmó la sentencia del Tribunal de Distrito, porque consideró que los intentos previos para ingresar a Polonia sin los documentos adecuados y solamente por razones económicas habían generado la presunción legal de que podrían fugarse.

El 5 de enero de 2017, el Tribunal de Distrito de Biala Podlaska extendió el plazo de la detención administrativa de la familia hasta el 6 de mayo por considerar necesario obtener más pruebas para el proceso de asilo y para evitar el riesgo de fuga.

El 12 de enero, los demandantes apelaron esta decisión ante el Tribunal Regional de Lublin, donde denunciaron que la sentencia que había confirmado su detención era esquemática y arbitraria. Declararon que, cuando intentaron cruzar la frontera entre Ucrania y Polonia, los guardias fronterizos los habían rechazado sumariamente, que se habían negado a hablar con ellos y, por ende, a permitirles solicitar asilo. Señalaron, además, que nunca habían declarado que deseaban emigrar a Polonia por razones económicas e insistieron en que las autoridades que habían ordenado su detención no habían tenido en cuenta el interés superior de sus hijos menores de edad y en que el centro de custodia de Biala Podlaska no era un lugar adecuado para cubrir las necesidades de los niños.

El 25 de enero de ese año, el Tribunal Regional de Lublin confirmó la sentencia del Tribunal de Distrito de Biala Podlaska y consideró que la detención de los demandantes era válida, que no existían alternativas menos restrictivas y que la medida no implicaba ninguna amenaza al bienestar de los hijos. El tribunal señaló que los niños tenían acceso a cuidados médicos y psicológicos adecuados y consideró que el interés superior de los niños estaba garantizado por el hecho de que no habían sido separados de sus padres.

El 15 de febrero de 2017, mientras el caso se encontraba aún en trámite en los tribunales nacionales, el matrimonio interpuso una demanda contra el Gobierno de Polonia ante la Corte Europea de Derechos Humanos por una supuesta violación del art. 5, incs. 1 y 4, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Denunciaron que

sus condiciones de detención administrativa en el centro de custodia de extranjeros eran similares a las de una prisión preventiva, lo que no era adecuado para los niños. Además, los demandantes alegaron la violación de los arts. 3 y 8 de la Convención.

El 5 de mayo de 2017, los demandantes fueron liberados, ya que se había cumplido el plazo legal máximo de detención administrativa.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró, en forma unánime, la admisibilidad de la acción y que había habido una violación del art. 5, inc. 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Del mismo modo, consideró inadmisibile la acción en cuanto a una supuesta violación de los arts. 3 y 8 de la Convención y sostuvo que no había necesidad de expedirse en relación con una supuesta violación del art. 5, inc. 4, de la Convención.

Los demandantes denunciaron que su detención administrativa en el centro de custodia de extranjeros había violado el art. 5, inc. 1, de la Convención: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

El Gobierno de Polonia sostuvo que la acción era inadmisibile porque los demandantes no habían agotado todos los recursos disponibles en los tribunales nacionales. Consideró que los demandantes deberían haber reclamado una indemnización por detención injustificada en un centro de custodia de extranjeros, conforme al art. 407 de la Ley de Extranjeros de 2013, que rige las cuestiones relacionadas con el otorgamiento de estatus de refugiado, la detención administrativa de extranjeros, su traslado a centros de custodia y las condiciones de vivienda, los servicios de salud y la educación en esas instalaciones. A su vez, señaló que también podrían haber interpuesto una acción fundada en los arts. 23 y 24 del Código Civil, para reclamar una indemnización por la violación de sus derechos personales.

La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que ninguno de los recursos sugeridos por el Gobierno de Polonia, cuya naturaleza era puramente compensatoria, podría haber resultado en la liberación de los demandantes, aun si su detención hubiera sido considerada ilegal o injustificada. Por lo tanto, declaró admisible la acción de los demandantes.

Por su parte, los demandantes alegaron que su detención administrativa había sido arbitraria, ya que las autoridades habían ignorado su declaración de que temían una posible persecución en su país de origen y dado por sentado que la familia quería asentarse en Polonia por razones económicas. Además, señalaron que la medida no había cumplido con los requisitos de necesidad y proporcionalidad y declararon que no existía riesgo de que se fugaran, ya que, incluso luego de ser liberados, habían permanecido en Polonia para esperar la conclusión del trámite de asilo. Denunciaron la existencia de un patrón por el cual se ordenaba la detención administrativa de personas que, al igual que ellos, habían realizado su primer pedido formal de asilo luego de haber sido rechazados en la frontera polaca.

Los demandantes agregaron que las autoridades no habían considerado el interés superior de sus hijos y que la detención había sido una experiencia muy traumática para ellos, a pesar de no haber sido separados de sus padres. Presentaron certificados médicos de marzo de 2017, donde constaba que el mayor de sus hijos sufría de dolor de pecho, dolor de cabeza, mareos, desmayos, alteración del sueño, falta de apetito, depresión, aislamiento social y ansiedad constante y que los médicos atribuían estos síntomas a la detención de la familia.

Finalmente, denunciaron que su detención había sido demasiado extensa, especialmente porque las pruebas necesarias para el proceso de asilo habían sido reunidas en diciembre de 2016 y ellos habían sido liberados en mayo de 2017.

El Gobierno, en cambio, argumentó que la medida tomada había sido legal, necesaria y fundada en la presunción legal de riesgo de fuga, ya que los demandantes habían solicitado asilo solo luego de varios intentos de cruzar la frontera en forma ilegal. Agregó que era necesario garantizar la presencia de los demandantes para reunir toda la información necesaria mientras se evaluaba su solicitud de asilo. También declaró que los tribunales evaluaron otras alternativas, pero que consideraron que no correspondía una medida menos restrictiva.

En cuanto a los niños, el Gobierno declaró que no habían sido separados de sus padres y que el centro de detención brindaba atención médica y psicológica especializada, la presencia de un asistente social, condiciones de vivienda adecuadas, educación (que incluía idioma polaco y deportes) y actividades de ocio especiales para los niños.

En virtud de todo lo anterior, la Corte Europea consideró que la necesidad de determinar si las declaraciones de los demandantes exponían las razones reales de su llegada a Polonia constituía un fundamento válido en las sentencias iniciales para ordenar la detención administrativa de la familia e, incluso, para confirmar la sentencia en instancia de apelación. No obstante, sostuvo que no podía justificarse el uso de este argumento para extender la detención, en la sentencia del 5 de enero de 2017, y su confirmación, el 25 de enero de ese año, dado que, a esta altura del proceso, los demandantes ya habían denunciado que no habían sido informados de que las autoridades necesitaban más información.

La Corte Europea declaró que no estaba convencida de que los tribunales nacionales hubieran llevado adelante un análisis exhaustivo e individualizado del caso. Por ejemplo, en su sentencia del 5 de enero de 2017, el Tribunal de Distrito de Biala Podlaska se refirió a Artur con un pronombre femenino y a su esposa como “el hijo de...”, lo cual puede indicar la falta de diligencia de las autoridades y una evaluación incorrecta de la situación individual de los implicados.

En cuanto a la dificultad de comunicación con los guardias fronterizos, la Corte Europea señaló que no podía comprobar la versión de los demandantes de que habían solicitado expresamente asilo a los guardias por temor a ser perseguidos en Armenia.

En cuanto a la presunción legal de riesgo de fuga invocada por el Gobierno como fundamento para ordenar una detención administrativa de la familia, la Corte

Europea consideró que el solicitante de asilo había tenido una oportunidad efectiva de rebatir esa presunción. No obstante, reiteró que las autoridades que se fundaron en esta presunción para extender el plazo de detención no habían evaluado en forma exhaustiva e individualizada la situación de los demandantes.

La Corte Europea consideró que el hecho de que los demandantes estuvieran acompañados por sus tres hijos menores de edad no había sido tomado en cuenta por los tribunales. De hecho, los tribunales nacionales no hicieron ninguna referencia a un nuevo elemento de la causa, ya que, durante la detención, Varditer Hovhannisyan dio a luz a su cuarto hijo.

La Corte Europea reiteró el principio establecido en el art. 8 de la Convención, conforme al cual el interés superior del niño no puede limitarse a mantener la familia unida, sino que las autoridades deben tomar las medidas necesarias para impedir, en lo posible, la detención de familias con niños y preservar eficazmente el derecho a la vida familiar.

La jurisprudencia de la Corte Europea recomienda evitar el confinamiento de niños en establecimientos de detención y solo pueden ser alojados en lugares adecuados, con la condición de que las autoridades tomen esta medida como último recurso, y con la condición de que actúen con celeridad.

Los tribunales nacionales, luego de verificar que la familia solo contaba con cincuenta euros y no tenía domicilio en Polonia, simplemente concluyeron que no calificaban para otra medida legal alternativa.

Finalmente, la Corte Europea resolvió que había habido una violación del art. 5, inc. 1, de la Convención por considerar que la detención de los adultos y los menores de edad durante un período de casi seis meses no había constituido una medida de último recurso y que la presencia de menores requería una mayor celeridad y diligencia por parte de las autoridades.

En cuanto al art. 5, inc. 4, de la Convención, establece: “Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si esa detención fuera ilegal.”

Así, los demandantes denunciaron que los tribunales nacionales no habían tomado en cuenta las pruebas que habían presentado para que se evaluara la veracidad de las declaraciones de los guardias de frontera, sino que habían confiado automáticamente en la información brindada por los guardias.

El Gobierno de Polonia señaló que la detención había estado sujeta a una revisión judicial adecuada y que los demandantes habían tenido la posibilidad de presentar solicitudes por escrito, que podrían haber solicitado estar presentes en las audiencias y que habían tenido acceso al expediente.

La Corte Europea consideró que ya había examinado las cuestiones legales más relevantes de la demanda y que no era necesario pronunciarse sobre una supuesta violación del art. 5, inc. 4, de la Convención.

Por otro lado, los demandantes también denunciaron que su detención había violado los arts. 3 y 8 de la Convención. El 3 establece: “Nadie podrá ser

sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. El 8 indica: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Del mismo modo, el art. 35 establece que “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva” y que “el Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento”.

La Corte Europea observó que los demandantes no habían planteado ninguna de estas cuestiones cuando presentaron su demanda, el 15 de febrero de 2017, y que, una vez liberados el 5 de mayo, no habían reclamado ninguna indemnización. Por lo tanto, consideró inadmisibles estas denuncias por haber sido planteadas fuera de plazo.

Finalmente, en relación con la compensación prevista por el art. 41 de la Convención, la Corte Europea evaluó las circunstancias del caso, especialmente la duración de la detención administrativa y el hecho de que involucraba a menores de edad. Resolvió que el Estado de Polonia debía pagar en forma conjunta a los demandantes €15 000 en concepto de daños no pecuniarios, más cualquier impuesto que pudiera ser devengado sobre tal monto, dentro de los tres meses posteriores al dictado de la sentencia final.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Nikoghosyan and others v. Poland* (no. 14743/17), sentencia del 3-3-2022, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215939>.



Derecho de la Unión Europea. Derechos humanos. Detención arbitraria. Privación ilegítima de la libertad. Maltrato. Tratos inhumanos y degradantes —*locus standi*—. Derecho a actuar en nombre de otro por paradero desconocido. Familia *de facto*. Ausencia de investigación efectiva. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los peticionantes, S. T. y. B., son una pareja de ciudadanos rusos que viven en Grozny, República de Chechenia, Rusia. Durante el verano de 2020, S. T. se mudó a Gelendzhik, en la región de Krasnodar, a unos 800 km. de Chechenia, donde trabajaba como mozo en el restaurant de un hotel. Y. B. se quedó en Chechenia.

Además de trabajar como mozo, S. T. era moderador de IADAT, un canal opositor al Gobierno en la plataforma Telegram, conocido por criticar a las autoridades chechenas. Los administradores del canal mantenían su identidad en secreto.

Alrededor de las 3:45 pm del 6 de septiembre de 2020, S. T. se encontraba trabajando en el hotel de Gelendzhik cuando un grupo de tres a cinco hombres con uniformes negros de la policía chechena llegó en autos negros con patentes de Chechenia. Uno de ellos esperó frente al hotel mientras otros dos entraron, tomaron a S. T. del brazo y lo sacaron por la fuerza.

Cuando los guardias del hotel les preguntaron por qué se lo llevaban y a dónde, uno de los hombres usó la fuerza física contra uno de ellos mientras otro exhibía su identificación policial. Posteriormente, metieron a S. T. en un auto y se alejaron. A partir de ese momento, se desconoce el paradero de S. T.

Parte del secuestro fue registrado por una cámara de seguridad, cuya grabación fue presentada por los peticionantes como prueba ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Según Y. B., durante la tarde del 6 de septiembre de 2020, intercambió mensajes con su esposo, quien le avisó que las autoridades chechenas lo habían encontrado en Gelendzhik. Poco después, la comunicación se cortó y su esposo dejó de atender el teléfono.

Y. B. llamó al hotel donde trabajaba S. T. y sus colegas le dijeron que se lo habían llevado policías chechenos. Trató de establecer su paradero por medio de una aplicación que permitía rastrear la ubicación del teléfono móvil de su esposo. La última señal, a las 4 p. m., indicaba que el 6 de septiembre de 2020 S. T. había sido trasladado de Gelendzhik a Chechenia.

El 7 de septiembre de 2020, la señal del teléfono se ubicaba en las instalaciones del Regimiento A. Kadyrov de la policía chechena, antiguamente llamado Regimiento n.º 2, en Grozny.

Aproximadamente a las 6:30 pm del mismo día, Y. B. y la madre de S. T. llegaron a la entrada del regimiento, donde se encontraron con cinco oficiales. Negaron que S. T. estuviera detenido en el regimiento y, luego de hacerles varias preguntas, las dejaron ir.

Ese mismo día, un video de S. T. completamente desnudo, arrodillado al lado de una botella de vidrio fue publicado en el canal 1ADAT. En el video, posteo por un participante llamado “Hunter”, S. T. confirmaba que era uno de los administradores del canal y que se arrepentía de los “hechos vergonzosos” que habían sido publicados por este “grupo obsceno”. Al final del video, S. T. declaraba que iba a castigarse a sí mismo por su “conducta inapropiada para un checheno y que le pasaba el mando a otro de los administradores de 1ADAT. Finalmente, en el video se observa como S. T. toma la botella y trata de sentarse sobre el cuello insertándose en el recto; en ese momento, su rostro se desfigura del dolor y la grabación se detiene.

S. T. y Y. B. fueron representados por la ONG Comité contra la Tortura, de la ciudad de Nizhni Nóvgorod.

El 9 de septiembre, sus representantes presentaron una denuncia por maltrato en el Comité de Investigación de Chechenia y adjuntaron el video mencionado.

El 14 de septiembre, Y. B. solicitó a la Corte Europea de Derechos Humanos que interpusiera una medida cautelar, fundada en la norma 39 de las Normas de la

Corte, para que el Gobierno de Rusia tomara medidas eficaces urgentes para proteger a S. T. del riesgo de maltrato y privación ilegítima de la libertad por parte de agentes del Estado de Chechenia.

La Corte solicitó información al Gobierno y, el 22 de octubre de 2020, luego de recibirla, rechazó el pedido de medida cautelar.

El 15 de septiembre, los representantes de S. T. e Y. B. presentaron una denuncia ante las autoridades policiales y alegaron que el maltrato que había sufrido S. T. había sido ejercido por oficiales de policía del regimiento.

Los investigadores de Chechenia pidieron colaboración al Comité de Investigación de Gelendzhik, en la región de Krasnodar.

El 9 de octubre, los investigadores de Gelendzhik solicitaron al Ministerio del Interior entrevistar al comandante y subcomandante del Tercer Batallón del Regimiento, junto con otros seis oficiales de policía, pero el ministro del Interior respondió que cuatro de ellos, incluidos el comandante y el subcomandante, no podían declarar.

El 15 de noviembre, los investigadores llevaron a cabo una breve evaluación de las instalaciones del regimiento.

Finalmente, el 16 de noviembre, los investigadores de Chechenia entrevistaron al subcomandante del Tercer Batallón del Regimiento, quien declaró no haber visto a S. T. y que no podía recordar los eventos del 6 y 7 de septiembre, si bien recordaba que Y. B. y la madre de S. T. habían llegado al regimiento en busca de S. T., que no se encontraba detenido allí. Explicó que las instalaciones del regimiento se encontraban bajo un sistema de videovigilancia *online*. No obstante, no se halló ninguna grabación. El subcomandante también se negó a realizar un examen poligráfico para confirmar su declaración.

El 19 de noviembre de 2020, los investigadores de Chechenia se negaron a abrir una causa penal relativa al secuestro y maltrato de S. T. por ausencia de delito y remitieron el expediente a los investigadores de Gelendzhik para que continuaran con la investigación.

El 27 de noviembre de 2020, los investigadores de Gelendzhik abrieron una causa penal. El 1° de diciembre, solicitaron al jefe de la Policía de Chechenia que brindara información sobre todas las misiones de sus oficiales en Gelendzhik entre agosto y octubre de 2020, que autorizara el acceso a las instalaciones del regimiento para determinar si S. T. había estado detenido allí y que presentara una lista de todos los oficiales del regimiento. No hubo respuesta a esta solicitud.

El 10 de diciembre, los investigadores de Chechenia interrogaron a Y. B., quien declaró que S. T. y ella se habían casado en marzo de 2020, en Dagestan, en una ceremonia musulmana, porque la ceremonia oficial por civil no había sido posible como consecuencia de la cuarentena obligatoria impuesta en la República de Chechenia por la pandemia de COVID-19. Declaró que su esposo era opositor al Gobierno de Chechenia y que, a mediados de agosto de 2020, había ocupado el cargo de administrador de IADAT, un canal opositor.

Y. B. solicitó que se le reconociera el status de víctima en la causa penal. Los investigadores rechazaron su solicitud por considerar que, como no se

encontraban casados oficialmente, no podía ser reconocida como familiar o “persona cercana” para tener legitimación procesal.

Los representantes de S. T. e Y. B. apelaron esta decisión ante el Tribunal Municipal de Gelendzhik, pero se desconoce el resultado de esta apelación.

El 15 de enero de 2021, reiteraron su apelación ante el Tribunal Municipal de Gelendzhik y adjuntaron videos y fotografías de la vida familiar de la pareja.

En abril de 2021, luego de un fallo desfavorable, apelaron ante el Tribunal Regional de Krasnodar, que confirmó la sentencia del tribunal inferior.

El 11 de septiembre de 2020, los representantes de S. T. e Y. B. interpusieron una acción por privación ilegítima de la libertad y falta de una investigación eficaz contra la Federación Rusa ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Alegaron una violación del art. 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y del art. 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos declaró admisible la acción relativa al maltrato y a la falta de una investigación efectiva fundada en los arts. 3 y 5 de la Convención y resolvió que había habido una violación del aspecto procesal del art. 3, una violación del aspecto sustantivo del art. 3 y una violación del art. 5.

El Gobierno alegó que Y. B. no contaba con legitimación procesal para interponer una acción en nombre de S. T. porque no estaba oficialmente casada con él ni había presentado un formulario firmado por él.

Y. B. alegó que tenía legitimación procesal por ser su esposa *de facto*, que tenía una vida familiar con él y que podía interponer una acción en su nombre en calidad de familiar.

La Corte explicó que la noción de “familia” no estaba limitada a las relaciones basadas únicamente en el matrimonio, sino que podía incluir otros vínculos familiares *de facto*. En virtud de los documentos presentados, consideró que existía una vida familiar entre los peticionantes y que Y. B. tenía legitimación procesal para accionar en nombre de S. T. en calidad de familiar.

Los peticionantes alegaron que S. T. había sido sometido a tratos inhumanos y degradantes por parte de agentes del Estado y que la investigación de los hechos no había sido efectiva. Denunciaron la violación del art. 3 de la Convención.

El Gobierno alegó que la acción era inadmisibile porque los peticionantes no habían agotado todos los recursos disponibles en los tribunales locales y porque la investigación estaba pendiente solo desde hacía seis meses. No obstante, la Corte la consideró admisible y desestimó la objeción del Gobierno.

La Corte determinó que las denuncias de los peticionantes de que S. T. había sido sujeto a un trato que violaba el art. 3 de la Convención exigían una investigación por parte de las autoridades, y que una “investigación eficaz” debería conducir a la identificación y castigo (si correspondiese) de los responsables.

Para establecer si una investigación fue expeditiva, la Corte examinó cómo reaccionaron las autoridades a las denuncias, si con inmediatez o demoras, si hubo

retrasos en la toma de declaraciones y el tiempo que llevó la investigación inicial. El hecho de no seguir una línea de investigación evidente socava considerablemente la capacidad para establecer las circunstancias del caso e identificar a los responsables. Las instituciones y personas a cargo de la investigación deben ser independientes de los demandados.

La Corte observó que las autoridades habían tomado conocimiento del secuestro y maltrato de S. T. el 9 de septiembre de 2020 y que el 15 del mismo mes recibieron una denuncia detallada sobre la participación de agentes del Estado en el incidente.

Advirtió que los investigadores de Chechenia comenzaron su trabajo el 16 de septiembre de 2020, solo luego de que Y. B. solicitara una medida cautelar ante la Corte.

Poco después, los investigadores de Gelendzhik iniciaron otra investigación, de modo que había investigaciones simultáneas en dos lugares distintos.

Los investigadores de Chechenia determinaron que no se había cometido ningún delito y rechazaron en forma reiterada el pedido de apertura de una causa penal. En cambio, los investigadores de Gelendzhik abrieron una causa penal.

La Corte resolvió que, desde el comienzo de la investigación, los investigadores de Chechenia habían recibido la información acerca de la identidad de los oficiales de policía involucrados, con un detalle de sus cargos en el regimiento y de los vehículos que habían utilizado para el secuestro de S. T. en Gelendzhik y su traslado hasta Grozny. A pesar de la gran importancia de la información para aclarar las circunstancias del caso, los investigadores de Chechenia no siguieron la línea de investigación más evidente ni tomaron medidas significativas para verificarla.

Por ejemplo, el examen de las instalaciones donde supuestamente S. T. estaba detenido en forma ilegal se realizó tres semanas después de haber recibido la información mencionada y fue llevado a cabo de modo inexplicablemente superficial. Uno de los dos oficiales identificados en la grabación de las cámaras de seguridad, el comandante del Tercer Batallón del Regimiento, nunca fue interrogado. La entrevista al subcomandante fue superficial y realizada dos meses después de haber recibido la información que lo identificaba como uno de los sospechosos.

Los intentos de los investigadores de Gelendzhik de interrogar a estos dos oficiales y a sus colegas fueron en vano.

Por lo tanto, dada la gravedad del delito cometido y que no se tomaron medidas tangibles para verificar la información relevante respecto de la identidad de los autores, la Corte declaró que la investigación no podía considerarse eficaz ni en cumplimiento de los estándares de la Convención y determinó la existencia de una violación del aspecto procesal del art. 3.

La Corte observó que el Gobierno ruso no había negado que S. T. fuera secuestrado en el hotel de Gelendzhik el 6 de septiembre de 2020 ni que el 7 de septiembre el video que constataba su maltrato fuera publicado en internet. Tampoco negó que los autores del hecho habían sido agentes del Estado ni brindó una explicación alternativa para refutar la denuncia de la peticionante.

Asimismo, la Corte estableció que el objetivo de humillar y degradar a S. T. al causarle dolor físico y violar su integridad física y sexual bajo coacción, mientras se lo filmaba para luego difundirlo y humillarlo públicamente, provocó un dolor físico y un sufrimiento mental intenso equivalente al trato inhumano y degradante.

Dado que la investigación pendiente no ha logrado resultados, ya que las medidas más urgentes para resolver el caso nunca fueron tomadas, y ante la falta de otra explicación posible de los eventos en cuestión, la Corte consideró que hubo participación de los agentes del Estado en el incidente.

Por lo tanto, determinó la existencia de una violación del aspecto sustantivo del art. 3 de la Convención.

Los peticionantes denunciaron que S. T. había sido detenido ilegalmente por los agentes del Estado el 6 de septiembre de 2020 en violación del art. 5 de la Convención, que reza: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”.

La Corte declaró admisible la denuncia por considerarla relacionada con las mismas cuestiones examinadas anteriormente en virtud del art. 3 de la Convención.

La Corte consideró que, después de haber establecido que los autores del maltrato a S. T. habían sido los agentes del Estado que lo secuestraron y retuvieron hasta que fue trasladado a Chechenia, la detención arbitraria de S. T. no tenía fundamento legal ni reconocimiento oficial. Por lo tanto, resolvió que había existido una violación del art. 5 de la Convención.

El art. 41 de la Convención establece que, si la Corte considera que hubo una violación de la Convención o de sus protocolos, podrá otorgar una compensación equitativa a la parte dañada. La Corte acordó a Y. B. una compensación equitativa por €26 000 en concepto de daños no pecuniarios, más cualquier impuesto que pueda ser devengado sobre tal monto, dentro de los tres meses posteriores al dictado de la sentencia.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *S. T. and Y. B. v. Russia* (no. 40125/20), sentencia del 19-10-2021, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212397>.



Derecho de la Unión Europea. Derechos humanos. Discriminación. Respeto a la vida privada y familiar. Libertad de culto. Libertad de elección. Interés superior del niño. Derecho a un juicio justo. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: T. C. es un ciudadano italiano que vive en la ciudad de Follonica. En 2004 comenzó una relación con S. G., en 2006 tuvieron una hija y

en 2008 se separaron. Tuvieron desacuerdos respecto de la tenencia y el régimen de visitas pero, en 2014, les otorgaron la tenencia compartida.

Durante el proceso judicial, S. G. denunció que T. C., quien recientemente se había convertido en testigo de Jehová, llevaba a su hija a los servicios religiosos sin su autorización. Además, denunció que el padre impedía que la niña asistiera a sus clases de ballet y que la llevaba con él a distribuir revistas religiosas por la calle.

En junio de 2015, el Tribunal de Distrito de Livorno ordenó a T. C. abstenerse de involucrar a su hija en su religión. El tribunal fundó su decisión en un informe de expertos y, en razón del bien superior de la niña, resolvió que los esfuerzos intensivos de T. C. de involucrarla en sus actividades religiosas eran desestabilizantes y estresantes para ella. Además, tomó en cuenta el hecho de que T. C. había intentado ocultarle a la madre la participación de su hija en las actividades religiosas.

T. C. apeló ante el Tribunal de Apelación de Florencia, que, en febrero de 2016, desestimó el recurso. Sin embargo, aclaró que la decisión del tribunal de primera instancia no significaba que T. C. no pudiera hablar sobre sus creencias con su hija, sino que solo debía abstenerse de involucrarla en sus actividades religiosas.

Luego, T. C. apeló ante la Corte de Casación, que, en mayo de 2018, desestimó su pretensión.

El 12 de noviembre de 2018, T. C. interpuso una acción ante la Corte Europea de Derechos Humanos por una supuesta violación del art. 14 (prohibición de discriminación) en conjunción con el art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), interpretados a la luz del art. 9 (libertad de culto), de la Convención Europea de Derechos Humanos. El accionante cuestionó la decisión de los tribunales nacionales, que le habían ordenado abstenerse de involucrar activamente a su hija en su religión, y alegó haber recibido un trato diferente al de su exesposa por ser testigo de Jehová. Asimismo, se fundó en el art. 6, inc. 1, de la Convención (derecho a un juicio justo) y denunció que se le había negado un juicio justo, ya que los tribunales nacionales no habían tomado su apelación como un asunto urgente y que la duración prolongada del proceso (4 años, 8 meses y 6 días) había generado consecuencias irremediables en la relación con su hija.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos, por unanimidad, admitió la acción relativa al art. 14 en conjunción con el art. 8, pero declaró inadmisibles el resto de la pretensión. Examinó el caso y resolvió, por una mayoría de cinco votos contra dos, que no había habido violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ante la denuncia de T. C., el Gobierno italiano declaró que la evaluación llevada a cabo por los tribunales nacionales entre los derechos de T. C., conforme a los arts. 8 y 9 de la Convención, y el interés superior de la niña había cumplido con la jurisprudencia de la Corte Europea. Señaló que, ante un desacuerdo entre los padres respecto de la educación religiosa de un hijo, los tribunales nacionales tienen la facultad y el deber de proteger el interés superior del niño y de garantizar una dignidad similar a ambos padres. Agregó que los tribunales nacionales no habían fundado sus decisiones en un razonamiento abstracto relativo a la religión de T. C.,

sino, por el contrario, en su intención de ocultarle a la madre la participación de la niña en las actividades de los testigos de Jehová.

Por otro lado, el Gobierno italiano declaró que el proceso del caso había sido complejo, que había requerido una investigación técnica específica, que su duración total no había violado los derechos procesales de T. C., conforme al art. 8 de la Convención, y que había cumplido con la jurisprudencia de la Corte Europea.

La Corte Europea consideró que la decisión se había fundado especialmente en el interés superior de la niña —y buscaba mantener y promover su desarrollo en un ambiente abierto y pacífico que reconciliara, dentro de lo posible, los derechos y convicciones de cada uno de sus padres— y que no había limitado gravemente su relación con T. C., ya que no implicaba restricciones en la tenencia ni en el régimen de visitas.

Por lo tanto, la Corte Europea resolvió que la decisión que había ordenado a T. C. abstenerse de involucrar a su hija en sus prácticas religiosas no podía considerarse una diferencia de trato entre él y la madre basada en la religión que profesaba.

Finalmente, agregó que T. C. no había podido demostrar el modo en que la duración del proceso ante el Tribunal de Apelación de Florencia y la Corte de Casación había tenido consecuencias irremediabiles en la relación con su hija.

Por estas razones la Corte Europea resolvió que la denuncia se encontraba manifiestamente infundada y debía ser desestimada conforme al art. 35 sub, inc. 3, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Corte Europea de Derechos Humanos, *T.C. v. Italy* (no. 54032/18), sentencia del 19-05-2022, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217264>.



Derecho de la Unión Europea. Derechos humanos. Eutanasia. Suicidio asistido. Libertad de expresión. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: el demandante, Svend Lings, es un médico dinamarqués que vive en Copenhague. Es el fundador de Médicos a Favor de la Eutanasia, una organización que apoya el suicidio asistido. Lings publicó en internet, de modo legal según el derecho dinamarqués, una guía llamada “Medicamentos adecuados para el suicidio”, que incluye métodos físicos de suicidio, descripciones detalladas sobre los diferentes medicamentos y las dosis necesarias para llevarlo a cabo, entre otra información general.

En febrero de 2017, a partir de una entrevista por radio en la que Lings comentó que había ayudado a una persona a suicidarse, su licencia médica fue revocada y fue imputado por dos cargos de suicidio asistido y por uno de tentativa de suicidio asistido.

El 26 de septiembre de 2018, el Tribunal de Distrito de Svendborg condenó a Lings a 40 días de prisión en suspenso por los dos cargos de suicidio asistido.

Lings apeló ante el Tribunal Superior Oriental de Dinamarca, que lo condenó a 60 días de prisión en suspenso por los tres cargos que se le imputaban.

Finalmente, en 2019, apeló ante la Corte Suprema de Dinamarca, que confirmó la sentencia del tribunal superior. Aseguró que Lings había prescrito un medicamento (Fenemal) a dos personas, pese a que conocía sus intenciones de suicidarse, y había aconsejado a otra consumir una dosis excesiva de medicación y ponerse una bolsa plástica sobre la cabeza.

Ante esta decisión, el 18 de marzo de 2020, Lings interpuso una demanda contra el Estado de Dinamarca ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Se fundó en una supuesta violación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y denunció que la sentencia final de la Corte Suprema de Dinamarca violaba su derecho a la libertad de expresión.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió en forma unánime que no había habido una violación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea declaró que la asistencia al suicidio era ilegal en Dinamarca desde 1930 y que el derecho aplicable condenaba el acto específico de asistencia al suicidio. Sin embargo, la Corte Europea aclaró que no debía determinar si la criminalización del suicidio asistido estaba justificada o no, sino si era necesaria en una sociedad democrática para este caso. En ese sentido, señaló que las autoridades tenían la obligación de proteger a los miembros vulnerables de la sociedad y enfatizó que no existía el derecho al suicidio asistido en la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea evaluó las conclusiones de la sentencia final de la Corte Suprema de Dinamarca y no encontró razones para desviarse de ellas, especialmente en cuanto al asesoramiento de Lings, que, si bien estaba basado en su guía para el suicidio publicada legalmente, había llevado a uno de los individuos a cometer el suicidio. La Corte Europea consideró que el caso se sustentaba en el asesoramiento específico brindado por Lings a los individuos y resolvió que ni la condena ni la pena impuesta por los tribunales nacionales habían sido excesivas.

Finalmente, sostuvo que las razones de los tribunales nacionales para condenar a Lings (la protección de la salud y la moral y los derechos de los demás) habían sido legítimas y que habían actuado conforme al amplio margen de apreciación acordado a las autoridades en este caso.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Lings v. Denmark* (application no. 15136/20), sentencia del 12-04-2022, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217039>.



Derecho de la Unión Europea. Derechos Humanos. Violencia de género. Discriminación. Maltrato. Estatus de víctima. Ausencia de investigación efectiva. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los demandantes, A y B, son, respectivamente, madre e hijo de C, que había sido asesinada por su pareja, D (el padre de B), en julio de 2014 en Georgia.

En 2011, D, un policía de 22 años en ese entonces que trabajaba en la pequeña ciudad donde ambos vivían, secuestró a C (de 17 años) para contraer matrimonio. Su relación era muy conflictiva, caracterizada por el maltrato y las amenazas. En 2012, C, cansada de la violencia física y psicológica que ejercía su pareja, volvió a la casa de sus padres. Estaba embarazada de dos meses. Desde ese momento, ella y su familia sufrieron ataques verbales y físicos por parte de D, quien amenazaba con matarlos, se jactaba de ser oficial de policía y de sus importantes contactos dentro de la maquinaria policial. Los familiares de C no denunciaban la mayoría de los incidentes por temor a represalias, pero sí denunciaron los hechos más violentos.

En julio de 2012, C llamó a la policía y denunció que D había amenazado con matar a su madre, pero no recibió respuesta alguna.

El 31 de agosto de 2013, luego de una discusión por gastos de manutención de su hijo, D le dio una golpiza a C en la casa de sus padres. Realizaron la denuncia ante la policía, tres oficiales conocidos de D arribaron al lugar y tomaron la declaración a C en presencia del agresor.

Testigos del ataque declararon que D tenía buena relación con los colegas que tomaban la declaración a C. Señalaron que uno de ellos le había dicho a C que era algo común que un hombre le pegara a su esposa y que no era importante. Agregaron que, mientras ella declaraba, con claros signos de maltrato físico reciente, D la interrumpía, se burlaba de sus respuestas y le gritaba, y que los policías no hacían nada al respecto.

Sin interrogar al supuesto agresor, los policías redactaron un informe que no reflejaba precisamente el grado de violencia del incidente. Lo catalogaron como “una discusión familiar leve relativa a los gastos de manutención de un hijo”. C se negó a firmar el informe, pero D la obligó a hacerlo y amenazó con matarla si no lo hacía, una amenaza que los oficiales oyeron. Antes de retirarse de su domicilio, los oficiales le dijeron a C que no los volviera a llamar en el futuro sin una razón válida, que la multarían por hacerles perder el tiempo y que tenían cuestiones más importantes que resolver. D se retiró del lugar en el mismo vehículo que sus colegas.

Ese mismo día, C presentó una denuncia penal en la fiscalía local. Sostuvo que D la maltrataba físicamente y que los tres policías no habían cumplido con su deber con la diligencia debida. Señaló que D la hostigaba constantemente, que la amenazaba con matarla y golpearla y que también había amenazado con llevarse a su hijo. Pidió a las autoridades de la fiscalía que tomaran las medidas necesarias para poner fin a la conducta violenta de D. También agregó que, como el agresor era

oficial de policía, ya no confiaba en que esa fuerza de seguridad podría ayudarla y que, por eso, se había presentado en la fiscalía.

El 4 de septiembre de 2013, un fiscal local interrogó a C, a D y a uno de los tres policías sobre el incidente del 31 de agosto de 2013. Tanto D como el policía negaron haber maltratado a C. La versión de los hechos de D fue que simplemente habían discutido por la manutención de su hijo.

El 9 de septiembre de 2013, D se comprometió por escrito ante la fiscalía a nunca más maltratar ni verbal ni físicamente a C ni a sus familiares. La fiscalía quedó conforme con este compromiso y decidió no abrir una investigación penal.

El 5 de julio de 2014, C llevó su denuncia ante la Inspección General del Ministerio del Interior, a cargo de las investigaciones disciplinarias contra oficiales de policía. Denunció que D la había maltratado físicamente en público en dos oportunidades, el 3 y el 5 de julio de 2014. Varios testigos confirmaron que D había utilizado sus atributos de oficial de policía para maltratar a C entre abril de 2011 y julio de 2014. Durante ese período, D había ostentado su arma reglamentaria para intimidarla en, al menos, dos ocasiones, con frecuencia amenazaba con imputar con cargos falsos a su padre y su hermano si realizaban denuncias, y solía decir que no le tenía miedo a la maquinaria policial porque él formaba parte de ella. Pocos días después, D fue ascendido al rango de teniente.

El 25 de julio de 2014, un representante de la Inspección General convocó a C para una entrevista, en la que ella reiteró que sufría hostigamientos físicos y psicológicos en forma sistemática. Momentos después de que C se retirara de la entrevista, D la siguió por la calle. Testigos declararon haberlos visto tener una discusión tensa y a los gritos en un parque público y que, de repente, D sacó su arma reglamentaria y le disparó cinco veces en el pecho y el estómago a corta distancia. C murió inmediatamente.

Ese mismo día, se abrió una investigación penal y D fue acusado por el homicidio. Durante el interrogatorio, les dijo a los investigadores que su relación había sido conflictiva desde un primer momento, porque ella siempre había querido mudarse a Tiflis, la capital de Georgia, para seguir su carrera como modelo, y que él se oponía. Declaró que se había puesto muy celoso después de separarse, ya que ella salía con otros hombres, y que, durante la discusión, C le había dicho en forma intencional, provocadora y vulgar que su vida privada y sexual no le concernía, que lo había humillado, y que eso había detonado su ira.

El 17 de abril de 2015, el Tribunal de la Ciudad de Kutasi declaró a D culpable de homicidio premeditado de un familiar y lo condenó a 11 años de prisión. D alegó incapacidad por insania y explicó que había disparado durante un episodio de desorden mental causado por celos patológicos. Su argumento fue desestimado a partir de los resultados del examen forense sobre su salud mental.

El 22 de enero de 2015, A, la madre de C, en nombre propio y en el de su nieto, presentó una denuncia ante la oficina del fiscal general, donde solicitaba que se abriera una investigación penal contra los oficiales de policía y la fiscalía local por no haber protegido la vida de su hija y no haber tomado en cuenta las

reiteradas denuncias de violencia doméstica presentadas. Alegó que la conducta negligente de los agentes públicos podía haber estado influenciada por una discriminación de género.

El 19 de febrero de 2015, la fiscalía abrió una causa penal contra los oficiales de policía por su falta de respuesta adecuada a las denuncias de violencia doméstica de C, e interrogó a los tres oficiales que estuvieron presentes el 31 de agosto de 2013. También interrogó a la madre de C y a los familiares y vecinos que habían sido testigos. En la mayoría de los casos, señalaban que el incidente había sido de naturaleza violenta.

El 2 de marzo, la madre de C consultó a la fiscalía por el avance de la investigación penal. Le informaron que la investigación se encontraba en trámite, pero que no se habían presentado cargos contra ninguno de los oficiales y que no era necesario otorgarle estatus de víctima en ese momento.

Fundándose en el art. 1005 del Código Civil, la madre de C interpuso una demanda contra el Ministerio del Interior y la Fiscalía General ante el Tribunal de la Ciudad de Tiflis, donde denunciaba su incapacidad para proteger la vida de su hija y reclamaba una compensación por daños no pecuniarios de 120 mil laris georgianos (aproximadamente 34 mil euros).

En julio de 2015, el Tribunal de la Ciudad de Tiflis resolvió que existía un nexo causal entre la inacción de la policía y de la fiscalía y el homicidio de C. Señaló que las autoridades públicas tenían la obligación de brindar una pronta y eficaz respuesta ante las denuncias de discriminación, lo que había sido abiertamente ignorado, en violación de los arts. 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Agregó que, en cuanto al incidente del 31 de agosto de 2013, los oficiales de policía no habían tomado declaración a C ni a los testigos, no habían dictado una orden de restricción contra D, ni habían implementado ninguna medida para restringirle a D el uso de su arma reglamentaria.

En cuanto al rol de la fiscalía, el tribunal advirtió que no había cumplido con su obligación de realizar una adecuada investigación penal y concluyó que las autoridades demandadas, a quienes consideraba responsables junto con los tres oficiales mencionados, no habían tomado las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de género y proteger la vida de C. Finalmente, acordó a los demandantes una compensación por daños no pecuniarios de 20 mil laris georgianos (aproximadamente 7 mil euros).

Como resultado del fallo, en septiembre de 2016, la madre de C interpuso una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos contra el Gobierno de Georgia. Alegó una supuesta violación del art. 2 (derecho a la vida) y del art. 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de Derechos Humanos y denunció especialmente la incapacidad de las autoridades georgianas para proteger a C de la violencia doméstica y para realizar una investigación efectiva de las circunstancias que habían contribuido a su muerte.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos, en forma unánime, declaró admisible la acción y resolvió que había habido una violación del art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos en forma conjunta con el art. 14.

La Corte Europea consideró que las cuestiones presentadas debían analizarse solamente desde la perspectiva de los aspectos positivos y procesales sustantivos del art. 2 en conjunción con el 14. El art. 2 establece: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”. El art. 14 dispone: “El goce de los derechos y libertades reconocidos (...) ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

El Gobierno de Georgia alegó que los demandantes habían perdido estatus de víctimas, conforme al art. 34 de la Convención, cuando se dictó sentencia definitiva en el juicio penal contra D. Alegó que, dado que se había logrado identificar al asesino de C y había recibido una condena suficiente y que los tribunales civiles nacionales habían reconocido la conducta inapropiada de las autoridades policiales y de la fiscalía, e incluso le habían otorgado a los accionantes una compensación, la demanda ante la Corte Europea debía desestimarse.

La Corte Europea, en cambio, la declaró admisible porque determinó que los demandantes conservaban el estatus de víctimas conforme al art. 34 de la Convención.

Los demandantes alegaron que, si bien la policía y la fiscalía sabían que la vida de C estaba en peligro, no habían tomado las medidas preventivas necesarias. Denunciaron que las autoridades habían reunido pruebas en forma imprecisa e inadecuada en el contexto de las denuncias de violencia doméstica y que las respuestas discriminatorias de la policía y de la fiscalía ante las denuncias de C se habían combinado con su incapacidad para investigar las circunstancias de su muerte. Sostenían que las autoridades debían ser declaradas penalmente responsables por no haber protegido la vida de C.

Según los demandantes, la incapacidad de las autoridades para proteger a C, junto con la falta de una investigación efectiva acerca de la inacción de las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley, fueron consecuencia de un reconocimiento insuficiente del fenómeno de la discriminación contra las mujeres.

En casos relativos a la responsabilidad de funcionarios del Estado por muertes ocurridas como resultado de una supuesta negligencia en sus funciones, el art. 2 de la Convención establece la obligación de contar con un sistema judicial efectivo para llevar adelante investigaciones penales. Esto ocurre, por ejemplo, cuando alguien muere o se pone en riesgo su vida como resultado de la conducta de una autoridad pública que va más allá del error de criterio o del descuido. En ese caso, el hecho de que los responsables no sean imputados o procesados por un delito penal puede equivaler a una violación del art. 2, independientemente de cualquier otro recurso que se pueda ejercer por iniciativa propia.

La Corte Europea reiteró que la incapacidad para proteger a las mujeres contra la violencia doméstica violaba su derecho a una protección igualitaria ante la ley. En su propia jurisprudencia, la Corte Europea ha sostenido que “una pasividad judicial general y discriminatoria que propicia un clima conducente a la violencia doméstica” equivale a una violación del art. 14 de la Convención.

De hecho, frente a las denuncias de violencia, las autoridades deben brindar una respuesta inmediata y determinar si existe o no un riesgo real e inmediato para la vida de las víctimas a través de una evaluación autónoma, proactiva e integral.

La Corte Europea evaluó el argumento central de la denuncia, en cuanto a que la inacción y la negligencia de las autoridades es una de las razones principales por las que la violencia doméstica pudo culminar en el homicidio de C. Teniendo en cuenta que las autoridades conocían o debieron haber conocido el elevado riesgo que corría la víctima si ellos no cumplían con su deber —ya que ella estaba denunciando a un colega policía que tenía acceso a una arma de fuego—, y dado que se encontraban en condiciones de determinar si D había estado involucrado en incidentes similares en el pasado o si era propenso a la violencia, resolvió que su inacción y negligencia fueron más allá de un mero error de criterio o descuido.

La Corte Europea también advirtió con preocupación que la autoridad a cargo de la investigación no había intentado establecer la responsabilidad de los policías por su falta de respuesta adecuada a los múltiples incidentes de violencia de género anteriores al homicidio de C. Observó que la policía no había considerado necesario otorgarle el estatus de víctimas a los demandantes, no había abierto una investigación disciplinaria sobre la inacción policial y no había tomado las medidas necesarias para capacitar a los oficiales involucrados sobre cómo responder a las denuncias por violencia doméstica en el futuro.

La Corte Europea consideró que existía una necesidad imperiosa de llevar adelante una investigación seria sobre la respuesta de las autoridades y su inacción, para determinar si pudo haber sido motivada por una discriminación de género.

Las circunstancias de este caso confirman claramente que se trataba de una situación de violencia doméstica preexistente y duradera, que no podían existir dudas sobre la inmediatez de peligro para la víctima y que la policía conocía o debió haber conocido la naturaleza de esa situación. Deficiencias graves en la recolección de pruebas ante una denuncia de este tipo pueden subestimar el nivel de violencia, afectar las posibilidades de iniciar una investigación penal e incluso desalentar a las víctimas a denunciar a un familiar violento en el futuro.

La Corte Europea también observó que, mientras el marco legislativo interno contaba con diversas medidas de restricción temporarias contra los supuestos agresores, las autoridades nacionales no habían recurrido a ellas en ningún momento. La víctima no fue informada sobre sus derechos procesales y las numerosas medidas legislativas y administrativas que tenía disponibles.

Asimismo, si bien las autoridades policiales eran plenamente conscientes de que D utilizaba sus atributos policiales para ejercer la violencia sobre ella —intimidarla con su arma reglamentaria, invocar su impunidad por pertenecer a la maquinaria policial y amenazar con imputar con cargos falsos a miembros de su familia—, no solo no pusieron fin a esa demostración de impunidad y arbitrariedad, sino que, por el contrario, permitieron que el agresor participara de la declaración de la víctima y, luego, lo ascendieron en su cargo.

La Corte Europea consideró que el caso era especialmente preocupante, dado que se esperaba que los Estados miembros fueran estrictos en sus investigaciones y en el castigo de sus propias autoridades por la comisión de delitos graves, entre ellos, la violencia doméstica y la violencia contra las mujeres en general. No se trata solamente de una cuestión de responsabilidad penal individual de los autores, sino del deber del Estado de combatir todo sentimiento de impunidad de los delincuentes en virtud del cargo que detenten, y mantener la confianza pública y el respeto por el sistema a cargo de garantizar el cumplimiento de la ley.

En consecuencia, la Corte Europea resolvió que el Estado demandado había violado sus obligaciones procesales conforme al art. 2, conjuntamente con el art. 14, de la Convención, señaló que el juicio de D y su condena no habían incluido evaluación alguna del posible rol de la discriminación de género en la comisión del homicidio y consideró que la compensación ofrecida por los tribunales nacionales era insuficiente por lo que modificó el monto.

El art. 41 de la Convención establece: “si la Corte considera que ha habido una violación de la Convención o de sus protocolos, podrá otorgar una compensación equitativa a la parte dañada”. La Corte Europea resolvió que el Estado demandado debía pagar en forma conjunta a los demandantes la suma de €35 000 en concepto de daños no pecuniarios, más cualquier impuesto que pudiera ser devengado sobre tal monto, dentro de los tres meses posteriores al dictado de la sentencia final.

Corte Europea de Derechos Humanos, *A and B v. Georgia* (no. 73975/16), sentencia del 10-2-2022, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215716>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho de los consumidores. Comunicaciones electrónicas. Acceso a una internet abierta. Derechos de los usuarios finales. Prohibición de acuerdos y prácticas comerciales que limitan el 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. Opción tarifaria adicional de “tarifa cero”. Exclusión de la “tarifa cero” en caso de itinerancia. Limitación del anclaje a red. Limitación del ancho de banda. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: una opción tarifaria de “tarifa cero” es una práctica comercial mediante la cual un proveedor de acceso a internet aplica una “tarifa cero” o más ventajosa a la totalidad o a una parte del tráfico de datos asociado a

una aplicación o a una categoría de aplicaciones específicas, propuestas por socios de ese proveedor de acceso. Por lo tanto, estos datos no se imputan al volumen de datos comprado con la tarifa básica. Esta opción, propuesta en el marco de paquetes limitados, permite a los proveedores de acceso a internet aumentar el atractivo de su oferta.

En cuanto a la compañía Vodafone, las opciones de “tarifa cero”, llamadas “Vodafone Pass” (“Video Pass”, “Music Pass”, “Chat Pass” y “Social Pass”), solo son válidas en el territorio nacional, es decir, en Alemania. En el extranjero, el volumen de datos consumido por la utilización de los servicios de empresas asociadas se imputa al volumen de datos incluido en la tarifa básica. Además, cuando el consumo de datos se realiza mediante anclaje a red (*tethering*) —punto de acceso inalámbrico o *hotspot*—, Vodafone atribuye este consumo al volumen de datos de la tarifa.

La compañía Telekom Deutschland, por su parte, ofrece a sus clientes finales, para algunas de sus tarifas, una opción adicional (también denominada “add-option”) que consiste en una opción de “tarifa cero”, llamada “Stream On” (opción que inicialmente existía en las variantes “Stream On Music”, “Stream On Music&Video”, “MagentaEINS StreamOn Music” y “MagentaEINS Stream On Music&Video”). La activación de esta opción permite no imputar el volumen de datos consumido por el *streaming* de audio y de video difundido por socios de contenidos de Telekom Deutschland al volumen de datos incluido en la tarifa básica. Una vez que este volumen de datos se agota, generalmente se reduce la velocidad de transmisión. Sin embargo, al activar esta opción, el cliente final acepta una limitación del ancho de banda a una tasa máxima de 1,7 Mbit/s para el *streaming* de video, ya sea que se trate de videos difundidos por proveedores de contenidos asociados o por otros proveedores.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Colonia, Alemania, y el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania, consultaron al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la compatibilidad con el derecho de la Unión de la limitación, por un proveedor de acceso a internet, del ancho de banda, del anclaje a red (*tethering*) o del uso en itinerancia cuando el cliente elige la opción de “tarifa cero”. Esos órganos jurisdiccionales deben resolver litigios relativos a las mencionadas limitaciones entre, por una parte, Vodafone GmbH o Telekom Deutschland GmbH y, por otra parte, la Agencia Federal de Redes de Alemania y la Unión Federal de Centrales y Asociaciones de Consumidores de Alemania.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que las opciones de “tarifa cero” eran contrarias al reglamento sobre el acceso a una internet abierta. Por lo tanto, las limitaciones del ancho de banda, del anclaje a red o del uso en itinerancia, debido a la activación de una opción de este tipo, son también incompatibles con el derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordó que una opción de “tarifa cero”, como las controvertidas en los litigios principales, distinguía el tráfico de internet en base a consideraciones comerciales, ya que no imputaba a la tarifa básica el tráfico con destino a aplicaciones asociadas. Esta práctica comercial es contraria a la

obligación general de trato equitativo del tráfico, sin discriminación ni interferencia, que exige el Reglamento 2015/2120, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se 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 (UE) n.º 531/2012 (relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión).

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que debe resolverlo el tribunal nacional de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. La decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Sala Octava, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Colonia, Alemania (*Verwaltungsgericht Köln*), y el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania (*Oberlandesgericht Düsseldorf*), en los asuntos C-854/19, 5/20 y 34/20, casos *Vodafone* y *Telekom Deutschland*, sentencia del 2-9-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B55EF876453E934A1F4CF34ABE-4437F7?text=&docid=248006&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=703195>; <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245535&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=709212>; <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245537&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=708876>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Derecho del trabajo. Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Ordenación del tiempo de trabajo. Miembros de las fuerzas armadas. Aplicabilidad del derecho de la Unión. Actividades de los militares. Concepto de “tiempo de trabajo”. Imaginarias en períodos de guardia localizada. Litigio relativo a la retribución del trabajador. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: B. K., suboficial del ejército esloveno, prestó, desde febrero de 2014 hasta julio de 2015, un servicio de imaginaria ininterrumpido de siete días al mes. Durante ese servicio, que comprendía períodos durante los que debía ejercer una actividad de vigilancia efectiva y períodos durante los que solo estaba obligado a permanecer a disposición de sus superiores, B. K. estaba localizable y presente de forma permanente en el cuartel al que estaba destinado.

El Ministerio de Defensa consideró que, por cada uno de esos días de servicio de imaginaria, solo ocho horas representaban tiempo de trabajo, por lo que abonó a B. K. el salario normal correspondiente a esas horas y, por las demás horas, le concedió únicamente un complemento por guardia localizada del 20 % del salario base.

B. K. interpuso un recurso para que se le pagaran como horas extraordinarias de trabajo las horas durante las cuales, en el servicio de imaginaria, no había ejercido ninguna actividad efectiva al servicio de su empleador, pero había tenido la obligación de permanecer a disposición de sus superiores. Sin embargo, su recurso fue desestimado tanto en primera instancia como en la apelación.

En este contexto, el Tribunal Supremo de Eslovenia, que conoce de un recurso de revisión sobre el caso, decidió consultar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicabilidad de la Directiva 2003/88 a la actividad de imaginaria realizada por un militar en tiempo de paz (relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo) y, en su caso, sobre si el período de guardia durante el cual el militar tiene obligación de permanecer en el cuartel al que está destinado, sin realizar una actividad laboral efectiva, debía ser considerado tiempo de trabajo, en el sentido del art. 2 de la directiva, a los efectos de la fijación de la retribución adeudada.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la Directiva 2003/88 no se oponía a que un período de guardia durante el cual un militar estuviera obligado a permanecer en el cuartel al que estaba destinado, sin realizar un trabajo efectivo, fuera retribuido de manera diferente que un período de guardia durante el cual realizara prestaciones de trabajo efectivo.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia precisó los casos en los que la actividad de imaginaria ejercida por un militar estaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88.

Para ello, el Tribunal de Justicia observó, en primer lugar, que el art. 4 TUE, apartado 2, que establece que la seguridad nacional será responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro —a tenor de esa disposición, la Unión Europea respetará las funciones esenciales de cada Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional— no excluía del ámbito de aplicación del derecho de la Unión la ordenación del tiempo de trabajo de los militares.

Al respecto, el Tribunal de Justicia señaló que las funciones principales de las fuerzas armadas de los Estados miembros, que son la preservación de la integridad territorial y la salvaguarda de la seguridad nacional, figuraban expresamente entre las funciones esenciales del Estado que la Unión debe respetar. De ello no se desprende, sin embargo, que las decisiones de los Estados miembros relativas a la organización de sus fuerzas armadas queden fuera del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, en particular cuando se trata de normas armonizadas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo.

Si bien el respeto debido por la Unión a las funciones esenciales del Estado no implica, por lo tanto, excluir íntegramente la ordenación del tiempo de trabajo de los militares del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, el art. 4 TUE, apartado

2, exige que la aplicación a los militares de las normas del derecho de la Unión relativas a esa adecuación no pueda obstaculizar el buen cumplimiento de estas funciones esenciales. Así pues, el derecho de la Unión debe tomar en consideración las características específicas que cada Estado miembro atribuye al funcionamiento de sus fuerzas armadas, que resultan, en particular, de las responsabilidades internacionales particulares asumidas por ese Estado miembro, de los conflictos o de las amenazas a las que se enfrenta, o del contexto geopolítico en el que actúa.

Además, en lo que respecta al ámbito de aplicación personal de la Directiva 2003/88, el Tribunal de Justicia recordó que el concepto de “trabajador” se definía en relación con la característica esencial de la relación laboral, a saber, la circunstancia de que una persona realice, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. Dado que, durante el período bajo análisis, este era el caso de B. K., la directiva es aplicable a su situación.

Por último, en lo que respecta al ámbito de aplicación material de la Directiva 2003/88, definido por remisión al art. 2 de la Directiva 89/391, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el ámbito laboral, el Tribunal de Justicia observó que esta directiva se aplicaba a “todos los sectores de actividades, públicas o privadas”, salvo cuando se opusieran a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, en particular, en las fuerzas armadas.

Al respecto, el Tribunal de Justicia señaló que el art. 2 de la Directiva 89/391 no podía interpretarse en el sentido de que los miembros de las fuerzas armadas de los Estados miembros quedarán fuera, en su totalidad y con carácter permanente, del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88. En efecto, esa exclusión se refiere no a determinados sectores de la función pública, globalmente considerados, sino solo a determinadas categorías de actividades de esos sectores, debido a su naturaleza específica. En lo que respecta, puntualmente, a las actividades ejercidas por los militares, el Tribunal de Justicia indicó que las relacionadas con servicios de administración, mantenimiento, reparación, sanidad, mantenimiento del orden o enjuiciamiento de infracciones no presentaban particularidades opuestas a cualquier planificación del tiempo de trabajo de acuerdo con las exigencias de la Directiva 2003/88, al menos mientras esas actividades no se ejercieran en el marco de una operación militar o durante su preparación inmediata.

En cambio, el Tribunal de Justicia declaró que la directiva no se aplicaba a las actividades de los militares y, en particular, a sus actividades de imaginaria, cuando se realizaban en el marco de su formación inicial, de un entrenamiento operativo o de operaciones que presuponían una intervención militar de las fuerzas armadas, tanto de despliegue dentro de las fronteras del Estado miembro como fuera de ellas. Por otra parte, la Directiva 2003/88 tampoco es de aplicación a las actividades militares que son tan específicas que no permiten un sistema de rotación de efectivos que garantice el respeto de lo preceptuado por la directiva. Lo mismo sucede cuando la actividad militar se desarrolla en el marco de acontecimientos excepcionales, cuya gravedad y amplitud requieren la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, la salud y la seguridad de la colectividad y cuyo correcto cumplimiento se vería

comprometido si debieran respetarse todas las normas establecidas por la directiva, o cuando la aplicación de la directiva a esa actividad, al obligar a las autoridades afectadas a establecer un sistema de rotación o de planificación del tiempo de trabajo, solo pudiera hacerse en detrimento del cumplimiento de las operaciones militares. Le corresponde al Tribunal Supremo de Eslovenia determinar si la actividad de imaginaria realizada por B. K. encaja en alguno de estos supuestos. En caso de respuesta negativa, esta actividad estará comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88.

Finalmente, el Tribunal de Justicia señaló que, aun suponiendo que la Directiva 2003/88 se aplicara al caso de autos, un período de guardia impuesto a un militar que supusiera su presencia continuada en su lugar de trabajo debía considerarse tiempo de trabajo cuando ese lugar de trabajo no coincidiera con su domicilio. Sin embargo, como la forma de retribución de los trabajadores por los períodos de guardia que efectúan se rige por el derecho nacional y no por la Directiva 2003/88, la directiva no se opone a que un período de guardia durante el cual un militar esté obligado a permanecer en el cuartel al que está destinado, sin realizar un trabajo efectivo, sea retribuido de forma distinta que un período de guardia durante el cual realiza prestaciones de trabajo efectivo.

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 Eslovenia (*Vrhovno sodišče*), en el asunto C-742/19, *Ministrstvo za obrambo*, sentencia del 15-7-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1133316CF76010BE0E97A62171A-7F2D8?text=&docid=244183&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=firts&part=1&cid=2465787>.



Derecho de la Unión Europea. Procedimiento prejudicial. Independencia e imparcialidad judicial. Concepto de “órgano jurisdiccional”. Proceso de nombramiento de un juez nacional. Inamovilidad de los jueces. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: el Tribunal Supremo polaco debía resolver, como última instancia, un litigio sobre el carácter supuestamente abusivo de una cláusula

de indexación que figura en un contrato de crédito celebrado entre algunos consumidores y el banco polaco Getin Noble Bank. En este contexto, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si los tres jueces de apelación que conocieron del litigio satisfacían las exigencias de independencia e imparcialidad impuestas por el derecho de la Unión.

En efecto, uno de ellos comenzó su carrera judicial durante el régimen comunista y no volvió a prestar el juramento judicial tras la caída de ese régimen. Los otros dos fueron nombrados jueces de apelación en un período (entre 2000 y 2018) en el que, según el Tribunal Constitucional polaco, el Consejo Nacional del Poder Judicial (CNPJ), que participó en su nombramiento, no funcionaba de manera transparente y estaba compuesto inconstitucionalmente.

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró admisibles las cuestiones prejudiciales planteadas.

Además, rechazó el argumento del defensor del pueblo polaco, una de las partes del procedimiento, según el cual el juez del Tribunal Supremo polaco que había dispuesto la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia no estaba facultado para plantear cuestiones prejudiciales debido a los vicios de su propio nombramiento, que ponían en tela de juicio su independencia e imparcialidad. El Tribunal de Justicia señaló que no disponía de información sobre ese juez ni de otros elementos que pudieran objetar la presunción de que el Tribunal Supremo polaco, independientemente de su composición concreta, cumplía con las exigencias de independencia y de imparcialidad y podía ser considerado un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro facultado para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

En lo que respecta al juez de apelación que comenzó su carrera judicial durante el régimen comunista, el Tribunal de Justicia aplicó el marco de análisis derivado de su jurisprudencia de los últimos años en relación con la garantía de independencia y de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales en el derecho de la Unión. En este sentido, consideró que el hecho de comenzar su carrera judicial durante el comunismo no ponía en entredicho la independencia y la imparcialidad del juez respecto del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ulteriores. Subrayó, en este contexto, que Polonia había adherido a la Unión y a sus valores, concretamente el del Estado de derecho, y que no implicaba una dificultad la circunstancia de que los jueces polacos hubieran sido nombrados en una época en la que este Estado aún no era un régimen democrático. Por lo demás, el órgano jurisdiccional remitente no había apuntado a ningún indicio que pudiera suscitar dudas sobre el tema.

En cuanto a los otros dos jueces de apelación, el Tribunal de Justicia señaló que el Tribunal Constitucional polaco no se había pronunciado sobre la independencia del CNPJ cuando declaró, en 2017, que la composición del consejo contravenía la Constitución. Por lo tanto, esta inconstitucionalidad no bastó para poner en cuestión la independencia y la imparcialidad del CNPJ en su composición en aquel período y, por ende, de los jueces en cuyo nombramiento había participado. Por otra

parte, se impuso una conclusión idéntica respecto de la presentación, por parte del CNPJ, de un candidato para una plaza de juez conforme a un procedimiento que no era, en aquel momento, ni transparente, ni público, ni recurrible en vía judicial, si no existieran elementos que demostraran la falta de independencia del CNPJ. El órgano jurisdiccional remitente tampoco había presentado elementos concretos que pudieran suscitar dudas al respecto.

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 polaco (Sąd Najwyższy, Polonia), en el asunto C-132/20, caso *BN, DM, EN contra Getin Noble Bank S.A.*, *coadyuvante: Rzecznik Praw Obywatelskich*, sentencia del 29-3-2021, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243872&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7562218>.



Derecho de la Unión Europea. Recurso por incumplimiento. Espacio de libertad, seguridad y justicia. Política de asilo. Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE. Procedimiento de concesión de protección internacional. Motivos de inadmisibilidad. Asistencia prestada a los solicitantes de asilo. Tipificación penal. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Antecedentes del caso: en 2018, Hungría modificó algunas leyes relativas a las medidas contra la inmigración irregular y adoptó disposiciones que, por un lado, introducían un nuevo motivo de inadmisibilidad de las solicitudes de asilo y, por otro lado, tipificaban penalmente las actividades dirigidas a facilitar la presentación de solicitudes de asilo por quienes no tenían ese derecho y restringían la libertad de circulación de las personas sospechosas de haber cometido este delito.

La Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con estas disposiciones. Consideró que Hungría había incumplido sus obligaciones en virtud de la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante, *directiva de procedimientos*), y de la Directiva

2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (en adelante, directiva de acogida).

Sentencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, constituido en Gran Sala, admitió en lo esencial el recurso de la Comisión Europea.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia declaró que Hungría había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la directiva de procedimientos, pues denegó una solicitud de protección internacional por considerarla inadmisibile debido a que el solicitante había llegado a su territorio a través de un Estado en el que no estaba expuesto a persecución ni a riesgo de daños graves o en el que se garantizaba un nivel adecuado de protección. En efecto, la directiva de procedimientos enumera de forma exhaustiva las situaciones en las que los Estados miembros pueden considerar inadmisibile una solicitud de protección internacional. Sin embargo, el motivo de inadmisibilidat incluido en la normativa húngara no se corresponde con ninguna de las situaciones expuestas en la directiva.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia declaró que Hungría había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las directivas de procedimientos y de acogida, ya que sancionó penalmente, en su derecho interno, el comportamiento de quien, en el marco de una actividad de organización, prestara asistencia para formular o presentar una solicitud de asilo en su territorio, siempre y cuando pudiera demostrarse que era consciente de que la solicitud no podía prosperar.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia examinó, por un lado, si la normativa húngara constituía una restricción de los derechos derivados de las directivas de procedimientos y de acogida y, por otro lado, si esa restricción podía estar justificada con arreglo al derecho de la Unión Europea.

Así, en primer lugar, tras haber comprobado que algunas actividades de asistencia a los solicitantes de protección internacional a las que se hace referencia en las directivas de procedimientos y de acogida están comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa húngara, el Tribunal de Justicia declaró que constituía una restricción de los derechos derivados de las directivas. Más concretamente, la normativa húngara restringe, por un lado, los derechos de tener acceso a los solicitantes de protección internacional y de ponerse en contacto con ellos y, por otro lado, la efectividad del derecho garantizado al solicitante de asilo de poder consultar, a su costa, a un asesor jurídico u otro consejero.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia consideró que esa restricción no podía justificarse con los objetivos invocados por el legislador húngaro, a saber, la lucha contra la asistencia prestada al recurso abusivo del procedimiento de asilo y contra la inmigración ilegal basada en el engaño.

En cuanto al primer objetivo, el Tribunal de Justicia destacó que la normativa húngara sancionaba también comportamientos que no podían considerarse prácticas fraudulentas o abusivas. En efecto, desde el momento en que pueda demostrarse que la persona afectada tenía conocimiento del hecho de que la persona a la que asistió no podía obtener el estatuto de refugiado con arreglo al derecho húngaro, puede sancionarse penalmente toda asistencia prestada, en el marco de una actividad de

organización, para facilitar la formulación o la presentación de una solicitud de asilo, aun cuando esa asistencia respete las normas de procedimiento y no pretenda inducir a error a la autoridad decisoria.

Así, por un lado, se expondría a actuaciones penales quien ayude a formular o a presentar una solicitud de asilo y sepa que la solicitud no puede prosperar con arreglo a las normas del derecho húngaro, pero que considere que esas normas son contrarias al derecho de la Unión. Por lo tanto, los solicitantes pueden verse privados de una asistencia que les permita impugnar, en una fase posterior del procedimiento, la regularidad de la normativa nacional aplicable a su situación a partir del derecho de la Unión.

Por otro lado, esta normativa sanciona la asistencia prestada a una persona para que formule o presente una solicitud de asilo cuando esa persona no haya sufrido persecución ni esté expuesta a un riesgo de persecución en al menos un Estado por el que haya transitado antes de llegar a Hungría. Ahora bien, la directiva de procedimientos se opone a que se declare la inadmisibilidad de una solicitud de asilo por tal motivo. Por lo tanto, ese tipo de asistencia no puede equipararse en ningún caso a una práctica fraudulenta o abusiva.

Por último, el Tribunal de Justicia destacó que esta normativa obligaba a quienes deseen prestar la citada asistencia a examinar, desde la formulación o la presentación, si la solicitud podía prosperar con arreglo al derecho húngaro. Pues bien, por un lado, no cabe esperar que esas personas ejerzan ese control, tanto más cuanto que los solicitantes pueden tener dificultades para alegar, ya en ese momento, los elementos que les permitan obtener el estatuto de refugiado. Por otro lado, el riesgo, para las personas en cuestión, de verse expuestas a una sanción penal particularmente severa, como la privación de libertad, solo porque no podían ignorar que la solicitud de asilo estaba destinada al fracaso convierte en incierta la legalidad de toda asistencia en las dos etapas esenciales del procedimiento de concesión de asilo. Así, esta normativa puede disuadir en gran medida a todo aquel que desee prestar asistencia en esas fases del procedimiento, aun cuando esa asistencia únicamente busque permitir al nacional de un tercer país ejercer su derecho fundamental a solicitar asilo en un Estado miembro, y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de luchar contra las prácticas fraudulentas o abusivas.

En cuanto al segundo objetivo perseguido por la normativa húngara, la lucha contra la inmigración ilegal basada en el engaño, el Tribunal de Justicia declaró que la prestación de asistencia para formular o presentar una solicitud de asilo en un Estado miembro no podía considerarse una actividad que favoreciera la entrada o la estancia irregulares de un nacional de un tercer país en ese Estado miembro. Por eso, la tipificación penal establecida en la normativa húngara no constituye una medida idónea para alcanzar el objetivo mencionado.

En último lugar, el Tribunal de Justicia declaró que Hungría había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las directivas de procedimientos y de acogida, ya que había privado del derecho a aproximarse a sus fronteras exteriores a toda persona sospechosa de haber prestado asistencia, en el marco de una actividad de organización, para formular o presentar una solicitud de asilo en su territorio, cuando

podiera demostrarse, más allá de toda duda razonable, que era consciente de que la solicitud no podía prosperar. Esta normativa limita los derechos garantizados en las directivas, desde el momento en que se sospecha que la persona en cuestión ha cometido el delito, aun cuando la tipificación penal de ese comportamiento sea contraria al derecho de la Unión. Por lo tanto, la restricción no puede justificarse razonablemente.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: el recurso por incumplimiento, dirigido contra un Estado miembro que ha incumplido sus obligaciones derivadas del derecho de la Unión, puede ser interpuesto por la Comisión Europea o por otro Estado miembro. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que existe incumplimiento, el Estado miembro debe ajustarse a lo dispuesto en la sentencia a la mayor brevedad posible. Si la Comisión considera que el Estado miembro ha incumplido la sentencia, puede interponer un nuevo recurso y solicitar que se le impongan sanciones pecuniarias. No obstante, en caso de que no se hayan comunicado a la Comisión las medidas tomadas para adaptar el derecho interno a una directiva, el Tribunal de Justicia, a propuesta de la Comisión, podrá imponer sanciones en la primera sentencia.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Gran Sala, recurso de incumplimiento planteado por la Comisión Europea c. Hungría, asunto C-821/19, *Comisión vs. Hungría (Tipificación penal de la asistencia a los solicitantes de asilo)*, sentencia del 16-11-21, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AD0930E5A56F5820B-659423C47AC0426?text=&docid=252297&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=133662>.



Derecho de la Unión Europea. Revocación del estatus de refugiado. Deportación. Derecho a la protección de los refugiados. Prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Obligación de evaluar el riesgo real y actual que afronta el individuo en caso de ser deportado. (Corte Europea de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: el recurrente, K. I., llegó a Francia en 2011, a los 17 años, con el propósito de ser acogido como refugiado. Nueve meses después de haber obtenido el estatus de refugiado, fue puesto en prisión preventiva en el marco de una investigación por actividades terroristas. Se le imputó haber viajado a Siria para recibir entrenamiento militar y haber combatido como miembro de un grupo yihadista. En 2015, el Tribunal Penal de París lo condenó a cinco años de prisión por haber participado en una conspiración terrorista contra Francia, Alemania, Polonia, Ucrania, Turquía y Siria entre el 1 de septiembre de 2012 y el 19 de noviembre de 2013.

Ese mismo año, el gobernador de Essonne emitió una orden de deportación en contra de K. I., por entender que representaba una grave amenaza para la seguridad

pública. En enero de 2016, K. I. interpuso un recurso ante el Tribunal Administrativo de Versalles a fin de que la orden fuera anulada. Poco después, la OFPRA (Oficina Francesa de Protección a los Refugiados y Apátridas) revocó el estatus de refugiado de K. I. en virtud del art. L. 711, 6, 2.º del Código de Entrada y Residencia de Extranjeros y del Derecho de Asilo (CESEDA), con fundamento en que había sido condenado por un delito de terrorismo y su presencia en Francia constituía una grave amenaza para la sociedad.

En diciembre de 2016, K. I. interpuso un recurso ante la Corte Nacional de Derecho de Asilo de Francia (CNDA) y solicitó que se anulara la decisión de la OFPRA. En su defensa, la OFPRA alegó que debía desestimarse el recurso y que debía aplicarse la cláusula de deportación prevista en el art. 1, F, a de la Convención de Ginebra, dado que las acciones atribuibles al grupo armado al que se había unido el recurrente eran comparables a crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y que los actos de terrorismo por los que había sido condenado resultaban contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Asimismo, la OFPRA alegó que su presencia en Francia constituía una grave amenaza para la seguridad del Estado y para la sociedad.

Desde su liberación a fines de 2017, K. I. fue sometido a una orden de residencia obligatoria dispuesta por la autoridad administrativa y, según su testimonio, debía presentarse en la comisaría tres veces al día.

En enero de 2019, la CNDA confirmó la decisión de la OFPRA. Pocos días después, K. I. solicitó ante la Corte Europea de Derechos Humanos una medida cautelar, de conformidad con el art. 39 de su Reglamento de Procedimiento, para impedir que el Gobierno francés lo deportara a Rusia. El juez de turno de la Corte Europea concedió la solicitud hasta el 4 de febrero de ese año y requirió información al Gobierno francés. El 4 de febrero, resolvió suspender la aplicación del art. 39 por considerar que la solicitud era prematura, dado que no existía una decisión ejecutoria de deportación en contra del recurrente, porque la orden del Gobierno omitía indicar cuál debía ser el país de destino. El 25 de febrero, el gobernador de Seine-Maritime dictó una orden y especificó que el país de destino debía ser la Federación de Rusia o cualquier otro país en que K. I. fuera legalmente admitido.

El 27 de febrero, K. I. presentó una nueva solicitud de medida cautelar ante la Corte Europea y el juez de turno decidió aplicar nuevamente el art. 39 hasta el 8 de marzo inclusive. El 1 de marzo, el Tribunal Administrativo de Lille desestimó una solicitud urgente que había sido presentada por K. I. con el propósito de que se suspendiera la ejecución de la orden emitida el 25 de febrero. El 16 de mayo, el Tribunal Administrativo de Lille desestimó el recurso de anulación de la resolución que especificaba que Rusia era el país de destino.

El 26 de mayo de 2020, el gobernador de Dordoña dictó una orden de residencia obligatoria contra el recurrente con el requisito de que se presentara en la comisaría tres veces al día.

El 29 de julio de 2020, el Consejo de Estado francés desestimó el recurso del accionante contra la decisión de la CNDA que confirmaba la resolución de la OFPRA de revocar su estatus de refugiado. El Gobierno había invocado que el recurrente, que

cumplía una orden de residencia obligatoria, recibía alojamiento y apoyo financiero del Estado. El recurrente, por su parte, alegó que tenía pocos parientes cercanos en Chechenia y que los miembros masculinos de su familia habían muerto o se habían exiliado para obtener protección internacional en Europa.

El 25 de enero de 2019, K. I. recurrió ante la Corte Europea e invocó que su deportación a Rusia lo expondría a un trato contrario al art. 3 de la Convención, relativo a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

Sentencia: la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo, de manera unánime, que tendría lugar una violación del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en lo relativo al aspecto procesal, si, habiéndose revocado el estatus de refugiado del recurrente, se ordenara su deportación sin una evaluación previa, por parte de las autoridades francesas, del riesgo real y actual al que afirma estar expuesto.

Art. 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes)

En evaluaciones anteriores acerca de la situación general de la región del Cáucaso septentrional, la Corte Europea había determinado que el regreso a la Federación de Rusia no constituía una violación del art. 3 de la Convención.

En este caso, la Corte observó que no era posible comparar la situación del recurrente con la de los solicitantes de asilo que acababan de huir de su país y que se encontraban en una circunstancia de particular vulnerabilidad. K. I. buscó asilo en Francia en 2011 y se le concedió el estatus de refugiado en enero de 2013. El reconocimiento de su estatus de refugiado había sido revocado en 2016, después de haber recibido una condena penal por actos terroristas en 2015. El tribunal de primera instancia consideró que no se desprendía de los hechos que el recurrente estuviera en condición de vulnerabilidad, dada la distribución de la carga de la prueba en los asuntos relativos al art. 3 del Convenio.

El 14 de mayo de 2019, dos días antes de que el Tribunal Administrativo de Lille se pronunciara sobre los riesgos que el demandante aseguraba que habría enfrentado en caso de regresar a Rusia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había sostenido que el hecho de ser un refugiado no se veía afectado por la revocación del estatus de refugiado por motivos de amenaza para la seguridad o la sociedad del Estado miembro de acogida. Por otra parte, en una sentencia de 19 de junio de 2020, el Consejo de Estado había invocado este antecedente de la TJUE. La Corte Europea señaló que tanto de la jurisprudencia del TJUE como de la jurisprudencia del Consejo de Estado se desprendía que el recurrente seguía siendo un refugiado a pesar de haber sido revocado el reconocimiento formal de su estatus, sobre la base del art. L. 711-6 del CESEDA, ya que la CNDA no había aceptado la alegación de la OFPRA de que se le debía aplicar la cláusula de exclusión.

Según la jurisprudencia de la Corte Europea, las autoridades nacionales deberían tener en cuenta la condición de refugiado al examinar si el riesgo que la persona afirmaba correr en caso de expulsión era real o no. La Corte Europea ha observado que las autoridades francesas, cuando decidieron deportar al recurrente

a la Federación de Rusia, no habían considerado que el hecho de ser un refugiado no se veía afectado *per se* por la revocación del reconocimiento formal del estatus de refugiado, y concluyó, por lo tanto, que las autoridades francesas y los tribunales nacionales no habían evaluado los riesgos que corría el solicitante.

La Corte Europea sostuvo que, en el supuesto de que se hubiera examinado de manera exhaustiva la situación personal del recurrente y verificado si todavía podía considerársele un refugiado, aun así las autoridades francesas podrían haber llegado a la misma conclusión que el Tribunal Administrativo de Lille, a saber, que el recurrente no corría ningún riesgo, en virtud del art. 3 de la Convención, en caso de ser deportado a su país de origen. Observó, sin embargo, que la CNDA ya se había manifestado en contra de la deportación de determinadas personas a su país de origen con fundamento en que, aunque su estatus de refugiados hubiera sido revocado, seguían siendo refugiados. En algunos casos relevantes, la CNDA había constatado que las decisiones impugnadas en que se determinaba el país de destino habían incumplido la obligación de Francia de defender el derecho a la protección de los refugiados contra la deportación, en virtud del art. 4 y del art. 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del art. 3 de la Convención.

La Corte Europea concluyó que se produciría una violación del art. 3 de la Convención, en su aspecto procesal, si el solicitante fuera deportado a Rusia sin una evaluación completa y actualizada por las autoridades francesas del riesgo que correría en caso de regreso.

Art. 2 (derecho a la vida)

Habida cuenta de los hechos, los argumentos de las partes y la conclusión alcanzada en virtud del art. 3 de la Convención, la CEDH consideró que no era necesario examinar la admisibilidad o el fondo de la denuncia con arreglo al art. 2 de la Convención.

Art. 41 (satisfacción equitativa)

La Corte Europea consideró que el reconocimiento de que la deportación del recurrente entrañaría una violación de la Convención si se ejecutara sin una evaluación actualizada de los riesgos reales constituía, en sí mismo, una satisfacción equitativa.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *K. I. v. France* (n.º 5560/19), sentencia del 15-4-2021, en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6995674-9427323>.



Derechos de las personas migrantes. Derecho a la libertad de tránsito. Solicitud de refugio. Trato discriminatorio. Principio de igualdad. Interés superior del niño. (Perú).

Antecedentes del caso: la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (un colectivo de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la defensa, promoción, educación y difusión de los derechos humanos en Perú) requirió al tribunal de primera instancia dejar sin efecto el impedimento de ingreso al territorio nacional de migrantes venezolanos sin visa. Alegó que esta prohibición vulneraba y amenazaba sus derechos a la libertad de tránsito, a solicitar refugio y a la igualdad y la no discriminación, así como los derechos de niños y adolescentes, reconocidos a nivel constitucional e internacional. La demanda fue dirigida contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y la Superintendencia Nacional de Migraciones, como organismos responsables de la vulneración de los derechos.

El tribunal de primera instancia desestimó la solicitud por considerar que estos migrantes no poseían la condición de residentes en el territorio nacional y, por lo tanto, no eran sujetos de protección constitucional.

Luego de la apelación de la organización recurrente, el fallo fue confirmado por el tribunal de segunda instancia. Sostuvo que, si bien reconocía la universalidad de los derechos fundamentales, no podían ser ejercidos de manera irrestricta de tal modo que provocaran la vulneración de derechos fundamentales —como la seguridad o la salud— de los ciudadanos nacionales o los residentes en el país.

Tras estos fallos adversos, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos presentó un recurso de *habeas corpus* ante el Tribunal Constitucional.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Perú acogió en parte el recurso de *habeas corpus* presentado por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y resolvió que las autoridades migratorias debían tener, por razones humanitarias, una consideración especial con los migrantes que se encontraran en una situación de vulnerabilidad.

En su análisis de fondo, el Tribunal Constitucional observó que la determinación de los requisitos y las condiciones exigibles para circular en el territorio peruano era un asunto que dependía, en buena parte, del propio Estado. Sin embargo, sostuvo que este importante margen de apreciación de las autoridades públicas no debía significar un abierto desconocimiento de otros derechos, valores y principios, como, por ejemplo, el interés superior del niño.

Advirtió que la generalización de la condición o el estatus migratorio de las personas que deseaban ingresar al territorio nacional podía suponer el incumplimiento de diversas obligaciones establecidas en la propia Constitución o en los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano.

En este caso concreto, el Tribunal Constitucional estimó que los migrantes que debían recibir un trato preferente y una protección especial por parte de las autoridades eran los refugiados y los solicitantes de asilo político, así como

toda persona cuya vida o libertad estuvieran en peligro en su país de origen por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. En este sentido, encomendó el diseño de procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que existiera esta clase de peligros, con el fin de que la persona involucrada pudiera presentarse ante las autoridades competentes. Esta decisión, además, supone la prohibición de las expulsiones colectivas e indiscriminadas.

Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, señaló que también resultaba razonable desde una perspectiva constitucional que el Estado exigiera el cumplimiento de ciertas condiciones mínimas para ingresar al territorio nacional, tal y como ocurre, por ejemplo, con la presentación de documentación para acreditar la identidad de la persona o requerir que no cuente con antecedentes penales. Además, precisó que la exigencia de la visa, fuera de los casos mencionados, tampoco se contraponía en sí misma con la Constitución.

En definitiva, el Tribunal Constitucional resolvió, por las razones expuestas, acoger en parte el recurso y emplazar a las autoridades para que tuvieran mayor consideración con los migrantes vulnerables (de nacionalidad venezolana o de terceros países) que solicitaran ingresar al país. Por otro lado, desestimó por infundada la petición de no exigir visa a ciudadanos extranjeros que no se encontraran en riesgo humanitario.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Exp. n.º 00688-2020-PHC/TC, *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y otros*, sentencia del 9-9-2022, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00688-2020-HC.pdf>.



Derecho del trabajo. Accidente en horario laboral. Exclusión de la indemnización. Riesgo no necesariamente vinculado a la actividad laboral. Interrupción del necesario nexo causal entre trabajo y accidente. (Italia).

Antecedentes del caso: la Corte de Apelaciones de Florencia desestimó el recurso interpuesto por el Instituto Nacional de Seguros de Accidentes de Trabajo (INAIL) contra la sentencia del Tribunal de Florencia. El fallo había acogido parcialmente la demanda presentada contra el INAIL por parte de R. B., una empleada de la Fiscalía de la República de Florencia, que pretendía una indemnización por enfermedad debido a una incapacidad laboral absoluta temporaria, así como una indemnización correspondiente a un daño permanente del 10 %, en relación con un accidente sufrido en el trayecto recorrido a pie para volver a su lugar de trabajo, después de una breve pausa para tomar café en un bar cercano. El Tribunal de Florencia reconoció que el riesgo asumido por la trabajadora no podía considerarse genérico, ya que existía un

nexo causal con su actividad laboral, debido a que la pausa había sido autorizada por el empleador y que no había servicio de bar en la oficina. Además, el tribunal calculó el porcentaje global de incapacidad considerando también una incapacidad laboral previa. La Corte de Apelaciones de Florencia confirmó los fundamentos del tribunal y sostuvo que el hecho estaba relacionado con la actividad laboral, por lo que el riesgo no había derivado de una elección arbitraria de la trabajadora.

El INAIL recurrió la decisión de la Corte de Apelaciones de Florencia ante la Corte de Casación de Italia. Alegó una violación del art. 2 del Decreto Presidencial n.º 1124/1965 y la aplicación errónea del art. 12 del Decreto Legislativo n.º 38/2000. Planteó que las circunstancias del accidente no permitían incluirlo en el concepto legal de accidente laboral establecido en el art. 2 del Decreto Presidencial n.º 1124/1965. En efecto, el horario laboral de R. B. era de 9:00 a 15:00 hs. Ella había salido a media mañana con dos colegas a tomar café en un bar cercano y, en ese contexto, sufrió una caída que le produjo un trauma en la muñeca derecha. El INAIL argumentó que se había tratado, entonces, de un riesgo asumido voluntariamente por la trabajadora.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia hizo lugar al recurso interpuesto, anuló la sentencia recurrida y desestimó la pretensión de R. B., a la que condenó al pago de €200 en concepto de costas, €1800 en concepto de honorarios profesionales, €1800 en concepto de costas del recurso de casación y €1500 en concepto de honorarios más accesorias legales.

La Corte de Casación sostuvo que la acción estaba bien fundada. Entendió que era una interpretación correcta del art. 2 del Decreto Presidencial n.º 1124/1965, según el cual el seguro debe cubrir todos los casos de accidentes provocados por una causa violenta en ocasión del trabajo.

La Corte de Casación recordó que su jurisprudencia consideraba que la “causa violenta en ocasión del trabajo”, exigida por el art. 2 del Decreto Presidencial n.º 1124/1965 para la indemnización de un accidente, era la que daba lugar a lesiones vinculadas con la prestación laboral por un nexo no meramente topográfico-cronológico, sino de origen causal, al menos de forma mediata e indirecta. En efecto, el seguro de accidentes, según la intención del legislador de 1965, no estaba destinado a cubrir riesgos generales, a los que el propio trabajador está sometido como cualquier ciudadano, es decir, con independencia de que ejerza o no su actividad laboral, salvo que los riesgos resulten agravados por circunstancias especiales, y que sea el trabajo el que ofrece la oportunidad de que la causa violenta se encuentre con el cuerpo del lesionado. El seguro de accidentes tampoco establecía una protección especial para los trabajadores por el mero hecho de haber sufrido un daño en el desempeño de su trabajo a causa de un acontecimiento que hubiera perjudicado de algún modo su integridad física o mental. La indemnización, por lo tanto, no dependía del hecho de que el accidente se hubiera producido en el momento y en el lugar en que se realizaba el trabajo, sino de la existencia del mencionado nexo entre trabajo y riesgo, en el sentido de que el trabajo no determinaba tanto la ocurrencia del suceso como la exposición del asegurado al riesgo. El riesgo puede ser impropio, pero nunca puede

derivarse de una elección arbitraria del trabajador que, movido por impulsos y para satisfacer necesidades personales, crea y afronta deliberadamente una situación no inherente a su actividad laboral, en el sentido estricto del término, y genera así una causa que interrumpe cualquier vínculo entre trabajo, riesgo y acontecimiento.

La Corte de Casación consideró que, si bien no era estrictamente necesario que el accidente se hubiera producido en el momento y en el lugar del trabajo, sí debía existir un nexo causal entre actividad laboral y riesgo asegurado. Aunque el riesgo cubierto por la normativa no era inherente a las funciones que desempeñaba la asegurada (riesgo específico), no podía ser totalmente ajeno a su actividad laboral, es decir, no podía resultar de una elección arbitraria de la trabajadora que, motivada por impulsos personales, crea deliberadamente una situación distinta a la inherente a su actividad laboral. En consecuencia, una actividad que no está intrínsecamente relacionada con el trabajo y que no coincide en el tiempo ni en el lugar con los servicios que deben prestarse y que no es exigida por la forma de ejecución impuesta por el empleador o, en cualquier caso, por circunstancias de tiempo y lugar que escapan al control del trabajador, no puede considerarse como “ocasión del trabajo”. Por lo tanto, cuando —desde el punto de vista espacial y temporal— el accidente se produce fuera de la actividad laboral y de la realización efectiva del trabajo, es decir, se produce antes o después, o durante una “pausa”, el reconocimiento de “ocasión del trabajo” está estrictamente condicionado a la existencia de circunstancias que no la desvinculen del trabajo en sentido causal y que, a la inversa, la hagan entrar en el ámbito de la actividad laboral o de todo lo vinculado a ella en virtud de un nexo que no sea totalmente marginal.

Con base en estos principios, la Corte de Casación concluyó que el accidente sufrido por la trabajadora durante la pausa transcurrida fuera de la oficina y en el trayecto realizado para ir a tomar un café en un bar no resultaba indemnizable, ya que, al salir de la oficina, se había expuesto voluntariamente a un riesgo que no estaba necesariamente relacionado con su actividad laboral, para satisfacer una necesidad postergable y no urgente, por lo que se rompía el nexo causal entre su actividad laboral y el accidente.

Por último, la Corte de Casación estimó que la tolerancia expresada por el empleador respecto a esta clase de hábitos de los trabajadores era totalmente irrelevante, ya que una mera práctica o, en todo caso, cualquier forma de acuerdo entre las partes de una relación laboral no podía ampliar el ámbito objetivo de aplicación del concepto de “ocasión del trabajo”.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 32473 del 8-11-2021, en https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=26826:cassazione-civile,-sez-lav,-08-novembre-2021,-n-32473-.



Derecho del trabajo. Derecho a la estabilidad laboral reforzada. Derecho a la seguridad social. Discapacidad producida por la actividad laboral. Despido arbitrario y discriminatorio. Derecho a la salud. (Colombia).

Antecedentes del caso: en 2018, la recurrente, que trabajaba como operaria de máquinas, fue diagnosticada con el síndrome del túnel carpiano y, desde entonces, ha experimentado dolores agudos en sus extremidades. Tras recibir el diagnóstico, y a pesar de contar con las garantías del fuero de salud, fue despedida por su empleador.

Sin embargo, al poco tiempo volvió a ser contratada, mediante un contrato de trabajo a plazo fijo de tres meses, y, una vez concluido, fue despedida nuevamente. Por lo tanto, interpuso una solicitud de amparo y adujo una vulneración de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la salud. Alegó que la causa de su aflicción había sido su trabajo y que había sido desvinculada por ese motivo.

El Juzgado Segundo Civil Municipal Oral de Barranquilla declaró improcedente la solicitud de amparo. Consideró que la tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad y que, en todo caso, la accionante no era titular de estabilidad laboral reforzada, porque no se encontraba en una situación de discapacidad y no había sido calificada con pérdida de capacidad laboral. Luego, la trabajadora interpuso una acción de tutela ante la Corte Constitucional.

Sentencia: la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, por unanimidad, acogió la acción de tutela de la recurrente. Resolvió que el despido vulneraba su derecho a la estabilidad laboral reforzada, ya que sus limitaciones físicas no justificaban la desvinculación, y ordenó su reintegro al trabajo. Señaló que la estabilidad laboral reforzada consistía en el derecho fundamental de los trabajadores a permanecer en el puesto de trabajo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del empleador, si no existiera una causa objetiva que justificara el despido.

La Corte Constitucional observó que el art. 53 de la Constitución protegía el derecho a la estabilidad laboral, que podía ser precario, relativo o reforzado según la situación del titular. En este caso concreto, sostuvo que el derecho estaba reforzado, ya que la recurrente era un sujeto de especial protección a causa de su debilidad manifiesta por motivos de salud.

Además, la Corte Constitucional consideró que el derecho a la estabilidad laboral tenía estrecha relación con el fuero de salud, que impide que un trabajador sea despedido por causa de su discapacidad. Cuando ocurre un despido, el empleado es asistido por el derecho al reintegro, que obliga al empleador a reubicarlo para que realice tareas acordes con sus nuevas capacidades.

En virtud de estas consideraciones y del análisis del caso, la Corte Constitucional comprobó que el despido había sido arbitrario y discriminatorio, y que el empleador había afectado los derechos alegados. Concluyó que la recurrente había sido

discriminada por su condición de salud durante la vigencia del contrato laboral. Del mismo modo, conforme a la presunción de veracidad y al material probatorio del expediente, constató que la causa de la terminación del vínculo laboral había sido, efectivamente, el deterioro de salud como consecuencia de la patología que padecía. Por consiguiente, habían sido vulnerados de manera evidente los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad de la recurrente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-195/22 del 3-6-2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-195-22.htm>.



Derecho del trabajo. Derecho de huelga. Empleados federales. Servicio público esencial. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Confederación de Servidores Públicos de Brasil interpuso, ante el Tribunal Supremo Federal, una acción directa de inconstitucionalidad para cuestionar el Decreto 7777/2012, que autoriza a los ministros de Estado a tomar medidas —como la promoción de convenios con los estados, el Distrito Federal o los municipios y la adopción de procedimientos simplificados— para garantizar la continuidad de las actividades y servicios en los órganos y entidades de la administración pública federal donde se produzcan huelgas, paros u operaciones para retardar procedimientos administrativos.

El sindicato accionante sostuvo, entre otros puntos, que la norma impugnada violaba el derecho de huelga, garantizado a los trabajadores por la Constitución Federal de 1988. Además, advirtió que el decreto permitiría el ejercicio de deberes inherentes a los cargos públicos sin un concurso previo y que la contratación por tiempo determinado solo resultaba posible en los casos establecidos por la ley. También alegó que los acuerdos supondrían una carga para el presupuesto público y no contarían con la obligatoria autorización legislativa previa.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, resolvió que las medidas previstas en el Decreto 7777/2012, que buscaban garantizar la continuidad de las actividades durante huelgas, paros u operaciones para retardar procedimientos administrativos llevados a cabo por empleados federales, solo podían aplicarse a las actividades y servicios públicos esenciales. El tribunal entendió que la adopción de estas medidas en cualquier tipo de servicio menoscabaría la efectividad del derecho de huelga.

La ministra Cármen Lúcia, relatora del caso, consideró que, al contrario de lo alegado por la accionante, el Decreto 7777/2012 no preveía la contratación de personal, no delegaba las atribuciones de los empleados federales ni autorizaba el

nombramiento en un cargo público sin aprobación previa por concurso. La ministra observó que la norma impugnada solamente apuntaba al reparto de la ejecución de la actividad o servicio, con la adopción de medidas en situaciones excepcionales y temporales, que culminarían con el fin de la huelga o el paro. La relatora también rechazó el argumento de que los acuerdos generarían un aumento de gastos sin autorización legislativa.

Sin embargo, la ministra señaló que el decreto impugnado no distinguía entre servicios públicos esenciales y no esenciales. Por eso, la aplicación de medidas a cualquier actividad y servicio público acabaría con la eficacia del derecho de huelga, ya que la falta de prestación del servicio sería compensada mediante la celebración de convenios. De tal modo, el paro sería inocuo y la fuerza del reclamo se debilitaría. Para evitar ese escenario, la relatora concluyó que las medidas previstas en la norma cuestionada solo debían aplicarse a las actividades y servicios públicos esenciales que, por su condición, no pudieran dejar de realizarse.

El voto de la relatora fue acompañado por Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Nunes Marques y Luiz Fux. También lo suscribieron los ministros Luís Roberto Barroso y Gilmar Mendes, pero con reservas.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 4857*, sentencia del 11-3-2022, en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483365&ori=1>.



Derecho del trabajo. Publicación, por parte de un trabajador, de conceptos gravemente ofensivos y despectivos hacia los superiores directos y directivos de la empresa en su perfil de Facebook. Insubordinación grave. Daño moral y material grave. Convenio Colectivo Nacional de Trabajo. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Apelaciones de Roma rechazó el recurso interpuesto por un trabajador contra la sentencia de primera instancia que había desestimado la impugnación de su despido de Telecom Italia S. p. A. El tribunal había confirmado que los correos electrónicos enviados por el trabajador y una publicación en su perfil de Facebook manifestaban un contenido gravemente ofensivo y despectivo hacia sus superiores directos y hacia los directivos de la empresa. Esos elementos constituían una insubordinación grave de conformidad con las disposiciones del art. 2119 del Código Civil y del art. 48.B del Convenio Colectivo Nacional de Trabajo (CCNL) vigente y representaban causa justa de despido en razón de su carácter ofensivo. Asimismo, impedían la continuación de la relación laboral debido a la ruptura del vínculo de confianza entre las partes, ya que el trabajador se

desempeñaba como gestor de cuentas para la gestión de la comunicación publicitaria nacional (carteles de gran distribución, eventos, promoción de tiendas locales, etc.).

El trabajador, entonces, recurrió ante la Corte de Casación de Italia y articuló su recurso de acuerdo con cuatro motivos.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia desestimó el recurso y condenó al recurrente al pago de las costas del procedimiento a favor de la parte contraria, por la cantidad de €200 en concepto de gastos y de €6000 en concepto de honorarios profesionales, más el reembolso del 15 % de los gastos generales y accesorios de ley.

En su primer motivo, el recurrente alegó que, en el juicio, no se había examinado el contexto laboral y la evolución de las relaciones empresariales que habían implicado las comunicaciones por correo electrónico y la publicación en el perfil de Facebook.

La Corte de Casación sostuvo que el motivo era inadmisibile. En efecto, no había habido ningún hecho histórico omitido en el examen, ya que se trataba más bien de una apreciación. Además, observó que, en el caso en cuestión, el trabajador (para evitar la inadmisibilidad del motivo deducida en virtud del nuevo art. 360, párr. 1, n.º 5, del Código Procesal Civil) no había indicado los motivos de hecho en los que se basaban, respectivamente, la decisión de primera instancia y la sentencia desestimatoria del recurso, lo que demostraba que eran diferentes entre sí.

En el segundo motivo, el recurrente alegó una infracción y una aplicación indebida del art. 15 de la Constitución y del art. 2697 del Código Civil en relación con el art. 595 del Código Penal por la adquisición ilícita, por parte de la empresa empleadora, de las publicaciones de la página de Facebook del trabajador, ya que estaban destinadas a la comunicación exclusiva con sus “amigos” y, por lo tanto, eran confidenciales. Agregó que expresaban un método incompatible con la denigración o difamación, como erróneamente se había considerado. Por otro lado, la empresa ni siquiera había probado que las publicaciones se hubieran difundido a terceros.

La Corte de Casación sostuvo que el motivo era infundado. Precisó que no subsistía una exigencia de tutela de la libertad y secreto de los mensajes intercambiados, como en el caso de un chat privado. En efecto, el medio utilizado podía hacer circular el mensaje entre un grupo indeterminado de personas.

En el tercer motivo, el recurrente alegó una infracción y una aplicación indebida del art. 48, apartado B, letra a), del CCNL para el sector de las telecomunicaciones, en relación con el art. 47.c), y los artículos 2106, 2119 y 2697 del Código Civil, por la errónea calificación de su conducta como insubordinación grave hacia los superiores, recurrente en caso de incumplimiento de las órdenes y directivas emanadas de sus jefes o de los superiores jerárquicos. Consideró que debía catalogarse como altercado, riña o crítica y enmarcarse en la hipótesis de incumplimiento de una conducta ajustada a los principios de equidad hacia los compañeros o, a lo sumo, de una insubordinación leve hacia los superiores.

La Corte de Casación señaló que este motivo también era infundado. Precisó que el concepto de insubordinación debía entenderse en un sentido amplio, es decir

que, en el contexto de una relación laboral, no podía limitarse a la negativa del trabajador a cumplir las instrucciones de sus superiores, sino que también implicaba necesariamente cualquier otra conducta susceptible de perjudicar la aplicación y el desarrollo correcto de las instrucciones en el marco de la organización. De hecho, lo importante —a los efectos de una identificación adecuada de la conducta de insubordinación en la valoración del interés empresarial en el funcionamiento regular de la organización productiva y la pretensión del trabajador en el desempeño correcto de la relación laboral— era la conexión con el sinalagma contractual. En otras palabras, establecer la relevancia de las conductas susceptibles de afectar a la ejecución y al rendimiento regular del servicio, tal y como se incluye en la organización de la empresa, desde el punto de vista de la exactitud del rendimiento, así como del orden y la disciplina en los que se basa la organización global de la empresa, y, por eso, con referencia al poder jerárquico y disciplinario. En particular, la noción de insubordinación no puede limitarse a la negativa a cumplir las instrucciones dadas por los superiores, sino que se extiende a cualquier otro comportamiento que pueda poner en peligro su aplicación en el marco de la organización de la empresa. Por lo tanto, la crítica a los superiores de una manera que exceda la obligación de corrección formal del tono y del contenido, además de contravenir los requisitos de protección de la persona humana reconocidos por el art. 2 de la Constitución italiana, puede ser en sí misma susceptible de ser criticada y de causar un daño a la organización de la empresa, cuya eficacia descansa en la autoridad de la que gozan sus directivos y mandos intermedios.

La Corte de Casación sostuvo que tampoco podía considerarse refutada esa noción por el precedente de legitimidad citado por el recurrente con referencia a la distinción hecha entre “insubordinación” y “altercado”, ya que resultaba irrelevante. La insubordinación podía encontrarse también en la crítica dirigida a los superiores de forma que excediera de la obligación de corrección formal del tono y del contenido, en este caso porque el incidente se había producido fuera del horario de trabajo. El Tribunal de Apelaciones de Roma había aplicado los citados principios de derecho sobre la base de una valoración de los hechos, tras un examen minucioso de las pruebas documentales.

En el cuarto motivo, el recurrente alegó una infracción y una aplicación incorrecta del art. 48.B del CCNL en relación con los arts. 2119 y 2697 del Código Civil, y 18.I. de la Ley 300/1970, modificada por el art. 1.42 de la Ley 92/2012. Argumentó que no se había acreditado la existencia de un daño moral o material grave causado por la insubordinación del trabajador, a pesar de su carácter de elemento constitutivo del supuesto sancionado, que, en cambio, había sido erróneamente considerado por el Tribunal de Apelaciones de Roma como inherente a las acciones realizadas por el trabajador.

La Corte de Casación sostuvo que el motivo era infundado. En efecto, la omisión de tal constatación era evidentemente superflua, dado que el Tribunal de Roma había calificado correctamente la conducta del trabajador, a raíz de la constatación fáctica superior como “insubordinación grave”, por estar explícitamente sancionada en el art. 48.B, apartado 4,a), del CCNL, aplicable

ratione temporis. Por lo tanto, la Corte de Casación entendió que había sido vulnerado el principio de que, en materia de despidos disciplinarios, si la conducta de un trabajador, calificada por el empresario como causa justa de despido, es calificada por el CCNL como una falta disciplinaria que da lugar a una sanción, el juez no puede apartarse de esa disposición. En efecto, la necesidad de comprobar la existencia de un daño moral y material grave se plantea cuando forma parte del supuesto previsto como causa justa de despido.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 27939 del 17-6-2021, en <https://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2021/10/Cassazione-sentenza-n.-27939-2021.pdf>.



Derecho del trabajo. Trabajo a distancia o teletrabajo. Derecho de propiedad. Derecho a la educación. (Chile).

Antecedentes del caso: el Sindicato Establecimiento de Empresa Tecnológica de Chile denunció a la Universidad Tecnológica de Chile INACAP, en tanto empleadora, por no haber pactado por escrito con los trabajadores la modalidad de teletrabajo durante la pandemia y no haber proporcionado los equipos, herramientas y/o materiales necesarios para que prestaran servicios a distancia. La Inspección Provincial del Trabajo de Curicó multó por 100 UTM (unidad tributaria mensual) a INACAP por las infracciones cometidas.

INACAP interpuso una demanda judicial contra la jefa de la inspección ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó. Argumentó que el estatuto del teletrabajo no le resultaba aplicable porque no se había configurado en este caso ninguno de los supuestos de hecho de esa normativa.

El juez interviniente rechazó el reclamo, por lo que INACAP presentó un recurso de nulidad, que todavía está pendiente de resolución.

Además, INACAP planteó un requerimiento de inaplicabilidad del art. 152, *quater*, g del Código del Trabajo ante el Tribunal Constitucional de Chile.

La parte requirente señaló que el incumplimiento atribuido por la Inspección Provincial del Trabajo de Curicó no era tal, ya que no había pactado con sus trabajadores el desarrollo de sus labores de manera remota, sino que había sido el resultado de una situación de fuerza mayor derivada de las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria durante la pandemia. En un contexto en el que era imposible realizar actividades presenciales, sostuvo que no resultaba aplicable el estatuto normativo laboral referido al teletrabajo, que parte del presupuesto de un acuerdo entre las partes y no responde a una situación de hecho forzosa.

INACAP destacó que el despliegue logístico y la adaptación para poder realizar la docencia a distancia habían cumplido con las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Educación Superior. En este punto, observó que la propia autoridad pública había reconocido expresamente, en su Oficio Circular n.º 000001 del 30 de marzo de 2020, que la pandemia ocasionada por el COVID-19 constituía un caso fortuito o fuerza mayor.

Al respecto, alegó que la aplicación de la norma impugnada estaba afectando gravemente su derecho a elegir libremente el modelo organizacional que le pareciera más conveniente y, por lo tanto, interfería, de manera inconstitucional, en el desarrollo de su actividad económica, amparada por el art. 19, n.º 21, de la Constitución.

A su vez, indicó que la disposición en examen vulneraba el derecho de propiedad (art. 19, n.º 24), ya que tenía consecuencias patrimoniales no consentidas ni queridas, producto del alza significativa de los costos operacionales. Adujo que no estaba en condiciones de entregarles computadoras a los docentes, pues era una inversión cuantiosa y económicamente inviable, dado que INACAP contaba con aproximadamente 5000 profesores.

El art. 152, *quater*, g del Código del Trabajo impugnado establece: “Las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del presente Capítulo. En ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración. Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios. Los trabajadores que prestan servicios a distancia o teletrabajo gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas en el presente Capítulo”.

Sentencia: el Tribunal Constitucional de Chile, en un fallo dividido, rechazó el requerimiento de inaplicabilidad que había impugnado el art. 152, *quater*, g del Código del Trabajo.

El tribunal entendió que, si un vínculo laboral estaba sujeto a una serie de exigencias legales, no había razones para que una determinada modalidad de desempeño laboral quedara al margen de tales exigencias. En ese sentido, lo exigido en este caso no difiere de lo exigido al empleador en toda relación laboral, más allá del tipo de trabajo, que es la obligación de pactar por escrito la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

El tribunal sostuvo que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no debía ser entendido en términos absolutos, por cuanto el propio constituyente dispuso que tenía que supeditarse a los límites que suponen la moral, el orden público y la seguridad nacional, además de respetar las normas legales que regulen

la actividad. El único requisito que se puede plantear, desde el punto de vista de quien lleva adelante la actividad, es que las exigencias no obstaculicen o impidan el desarrollo de la actividad económica.

Observó que ese parámetro de no obstaculización de la actividad estaba presente en este caso, ya que se había analizado la escrituración del acuerdo y la provisión de los elementos para desarrollar el trabajo por parte de INACAP, un estándar básico exigible a todo vínculo laboral. No hay una demanda de elementos adicionales o particulares diversos a los de toda relación de trabajo.

Por ende, el tribunal no advirtió que, del precepto legal impugnado, derivara una vulneración a la garantía del art. 19, n.º 21, de la Constitución, ya que no hubo un impedimento al ejercicio de la actividad económica de INACAP, ni tampoco se le impuso una forma determinada de modelo organizacional a la empresa y, además, las exigencias planteadas por la autoridad se ajustaban al estándar constitucional y eran las propias de todo vínculo laboral.

En cuanto a la vulneración al derecho de propiedad, protegido por el art. 19, n.º 24, de la Constitución, el tribunal observó que el abogado que representaba los derechos de la requirente no había logrado fundamentar esa aseveración. Tampoco pudo señalar con precisión la entidad de los supuestos aumentos de costos, por lo que la alegación carecía de elementos concretos y objetivos aceptables.

En este sentido, el tribunal destacó que, así como la parte requirente planteaba una eventual afectación desde el punto de vista patrimonial por los mayores costos del teletrabajo, se omitía, en contrapartida, considerar que esa misma modalidad había permitido que la institución educativa continuara en funcionamiento a pesar de las restricciones de la pandemia.

El tribunal concluyó que la modalidad del teletrabajo había garantizado que la requirente continuara percibiendo sus ingresos por los servicios educativos prestados. En consecuencia, no se apreciaba el supuesto perjuicio patrimonial alegado por INACAP.

En cambio, el ministro Aróstica votó en disidencia, a favor de admitir el requerimiento. Señaló que se había desconocido la facultad del empleador de alterar, entre otros aspectos, el sitio o recinto de prestación de servicios, en función de lo señalado por el art. 12 del Código del Trabajo, norma que consagra la facultad e institución del *ius variandi*.

Advirtió que esa facultad no era una concesión gratuita de la ley laboral, sino que estaba anclada en la propia Constitución, por derivar del derecho inherente del empleador a organizar y dirigir la empresa, reconocido en los arts. 1, inciso tercero, y 19, n.º 21 y 24, de la misma Carta Fundamental. Además, sostuvo que esa facultad no había sido sobrepasada por la entidad educativa, ya que debió implementar el sistema de teletrabajo por las circunstancias fortuitas que afectaron a todo el mundo.

El ministro Aróstica concluyó que, si una ley permitía sancionar a alguien por haber actuado de esta manera, esa ley resultaba inconstitucional en el derecho chileno y en todo el orden jurídico universal.

Por su parte, el ministro Letelier también votó en disidencia y a favor de admitir el requerimiento. Señaló que, en tanto institución de educación superior, la

requiriente gozaba de una adecuada autonomía en su calidad de cuerpo intermedio y, por eso mismo, tenía el derecho de gobernarse a sí misma. Agregó que esa facultad era consustancial a toda organización para alcanzar sus fines propios.

Además, consideró que la autonomía universitaria constituía un pilar fundamental para que toda institución de tal carácter concretara sus propios fines. En este sentido, la administración académica, económica y financiera de la universidad es libre de toda injerencia estatal (con excepción de aquellas materias que la ley que regula su funcionamiento establezca), por lo que debe contar con el pleno respeto de la autoridad estatal.

Afirmó que la universidad era una comunidad integrada por académicos, alumnos y personal de apoyo administrativo que cultivaba el saber y las artes en búsqueda de la verdad, y que la libertad era un pilar fundamental de esa actividad. En efecto, la libertad académica permite al profesor exponer en clases, en grupos de investigación y, en general, en los recintos universitarios, sin que la autoridad ni ninguna persona se pueda entrometer.

Añadió que la libertad académica conllevaba, como contrapartida, un conjunto de responsabilidades para el docente universitario, referida al respeto de los derechos fundamentales hacia sus pares, el personal colaborativo y, especialmente, los alumnos.

En este contexto, el ministro sostuvo que el examen de constitucionalidad de la norma jurídica laboral objetada no debía efectuarse en ausencia de lo dispuesto en el art. 19, n.º 10 y 11, de la Constitución. Al respecto, indicó que, en este caso, la aplicación del precepto legal censurado vulneraba el mencionado art. 19, n.º 10, porque las instituciones universitarias están regidas por leyes especiales y la norma impugnada afecta el derecho a la educación. En un contexto extraordinario de salud pública, se debe seguir garantizando a los alumnos sus actividades académicas, incluso en condiciones excepcionales como la docencia por vía remota. Por lo tanto, aseguró que cualquier obstáculo a la actividad docente afectaba el derecho a la educación de los alumnos, puesto que los verdaderos titulares del derecho a la educación no son los docentes, sino los estudiantes.

En cuanto al art. 19, n.º 11, señaló que la norma jurídica censurada invadía el derecho de la universidad de adoptar las medidas necesarias para continuar el proceso educativo, pues permitía que se la sancione administrativamente por acciones que no afectaban la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, únicas limitaciones reconocidas como legítimas en el orden constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del art. 152, *quater*, g del Código del Trabajo, Universidad Tecnológica de Chile INACAP, Rol 10.819-2021, sentencia del 6-4-2022, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=9537>.



Derecho del trabajo. Trabajo en casa. Principio de unidad de materia. (Colombia).

Antecedentes del caso: el accionante interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2088 de 2021, que regula el trabajo en casa. En primer lugar, sostuvo que la norma desconocía la reserva de ley estatutaria, pues afectaba el núcleo esencial del derecho al trabajo de forma integral, estructural y completa. El demandante planteó que, en general, el objetivo de la ley era establecer una nueva modalidad de trabajo o de tipología laboral que modificaba el Código Sustantivo del Trabajo y también el teletrabajo regulado mediante la Ley 1221 de 2008. En segundo lugar, señaló que el inc. 1 del art. 14 de la Ley 2088 de 2021 vulneraba el principio de unidad de materia, ya que regulaba aspectos del derecho de las comunicaciones y del derecho administrativo, pero no del derecho laboral.

La Ley 2088 de 2021 define al trabajo en casa como la habilitación, al trabajador del sector público o privado, para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral o del vínculo legal y reglamentario respectivo, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral. Esta modalidad laboral solo puede llevarse a cabo cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador realice sus funciones en su lugar de trabajo y se debe privilegiar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. La ley establece ciertas garantías para el trabajador, los criterios que deben aplicarse al trabajo en casa y los procedimientos necesarios para su implementación.

Sentencia: el pleno de la Corte Constitucional de Colombia, por unanimidad, declaró constitucional la Ley 2088 de 2021, que habilita el trabajo en casa en situaciones ocasionales, especiales o excepcionales. En cuanto a la queja por desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, consideró exequible (es decir, acorde con la Constitución) la totalidad de la Ley 2088 de 2021. En cuanto al cargo relacionado con la violación del principio de unidad de materia, también declaró exequible el inc. 1 del art. 14 de la Ley 2088 de 2021.

Con base en un examen atento del caso, y luego de distinguir entre la figura del trabajo en casa respecto del teletrabajo y del trabajo remoto, la Corte Constitucional concluyó que la Ley 2088 de 2021 no había desconocido la reserva de ley estatutaria, ya que no había una regulación integral, estructural y completa del derecho al trabajo, no se impactaba en su núcleo esencial y tampoco se afectaban sus elementos estructurales. En efecto, el alcance y el ámbito regulatorio de la norma impugnada se limita a disponer de una habilitación permanente por parte del legislador para que, en circunstancias ocasionales, excepcionales y especiales que impidan realizar las funciones en el lugar de trabajo (ya sea respecto de empleados del sector público o privado), se ejecute la labor desde la casa o domicilio de los trabajadores. Además, esta forma de prestación puede haber sido pactada por mutuo acuerdo o derivar de la atribución de subordinación del empleador y no implica la variación de las

condiciones laborales establecidas al inicio de la relación ni modifica la naturaleza del contrato o el vínculo legal o reglamentario respectivo.

Por lo demás, la Corte Constitucional observó que, entre el inc. 1 del art. 14 de la Ley 2088 de 2021 y la materia dominante que se regula en la misma ley, existía claramente una relación de conexidad causal, teleológica, temática, consecucional y metodológica, por lo que no se vulneraba el principio de unidad de materia. En este sentido, la regulación sobre el trabajo en casa autoriza que, como también había sido dispuesto en la sentencia C-242 de 2020, se establezcan medidas para garantizar canales oficiales de comunicación de carácter virtual a favor de los ciudadanos y de los usuarios del sector privado, debidamente informados a través de sus páginas web, con el propósito de que el lugar de prestación del servicio no excluya la posibilidad de hacer reclamos o plantear solicitudes, en aras de asegurar una prestación adecuada, continua y eficiente de los servicios y de las funciones a su cargo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-212-22 del 15-6-2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2019%20-%20Junio%2015%20y%2016%20de%202022.pdf>.



Derecho penal. Abuso de autoridad. Administración pública. Modificación de la legislación. Impugnación. (Italia).

Antecedentes del caso: el juez de instrucción del Tribunal Ordinario de Catanzaro planteó la inconstitucionalidad del art. 23.1 del Decreto Ley n.º 76/2020 (medidas urgentes de simplificación e innovación digital), convertido, con modificaciones, en la Ley n.º 120/2020. Esta norma modificó la regulación del delito de abuso de autoridad, ya que sustituyó la frase del art. 323 del Código Penal “de normas legales o reglamentarias” por otra, más restrictiva, “de normas específicas de conducta expresamente establecidas por la ley o por actos con fuerza de ley y de los que no quede ningún margen de discrecionalidad”. El juez impugnó tanto el procedimiento de elaboración de la norma, en particular su introducción mediante decretos, como su contenido.

El juez de instrucción de Catanzaro afirmó que la norma impugnada vulneraría el art. 77 de la Constitución por ser totalmente ajena a la materia regulada por las demás disposiciones del Decreto Ley n.º 76 de 2020 y no tendría relación con los motivos que justifican la legislación adoptada con carácter de urgencia por el Gobierno, vinculados con la necesidad de introducir medidas de simplificación administrativa y revitalización económica del país para hacer frente a las consecuencias económicas de la emergencia epidemiológica por covid-19. Sin embargo, si se adoptara una opinión diferente sobre este punto, faltaría el requisito de la necesidad y urgencia extraordinarias, que, con respecto a las intervenciones de despenalización (parcial) como la efectuada por la legislación impugnada, solo sería reconocible en casos residuales, debido a la

duración de los procedimientos penales y a la falta de repercusión de los casos penales individuales en términos de simplificación administrativa.

En cuanto a su contenido, la disposición impugnada sería contraria a los arts. 3 y 97 de la Constitución, ya que, para convertirse en delito, el abuso tendría que provocar el incumplimiento de una disposición legislativa que previera una actividad administrativa vinculante *quid* y *quomodo*, lo que haría casi imposible configurar el delito puesto en marcha para garantizar el buen funcionamiento, la imparcialidad y la transparencia de la administración pública.

Los casos de actividad administrativa plenamente vinculante serían, de hecho, extremadamente raros y, en todo caso, pertenecerían al menor ámbito de actuación de la administración pública. Por lo tanto, el legislador habría circunscrito la relevancia penal a una casuística cuantitativa y cualitativamente marginal y dejado sin respuesta punitiva a las conductas mucho más graves de quienes, por ostentar el poder de decisión a su arbitrio, están en una posición privilegiada para abusar de él.

De esta manera, el juez de instrucción sostuvo que se vulneraría el principio de igualdad, ya que, al despojar de importancia penal a cualquier forma de discrecionalidad administrativa, la disposición impugnada conferiría al agente público un poder absoluto de disposición sin control judicial, con el resultado de que situaciones completamente diferentes sean tratadas de la misma manera: el poder discrecional concedido al administrador público y el poder de disposición de su propiedad concedido al propietario privado.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia resolvió que era infundado el planteo de inconstitucionalidad del art. 23.1 del Decreto Ley n.º 76/2020. Asimismo, declaró inadmisibile el planteo en relación con los arts. 3 y 97 de la Constitución.

La Corte Constitucional realizó una reconstrucción de los antecedentes políticos, parlamentarios y judiciales del abuso de autoridad y de la “burocracia defensiva” originada en la dilatación del ámbito de aplicación del delito, lo que implica que los funcionarios públicos se abstienen de tomar decisiones que considerarían útiles para el interés público y prefieren adoptar otras menos exigentes o, más a menudo, permanecer inertes por temor a exponerse a posibles cargas penales (el llamado “miedo a la firma”). Sin embargo, la Corte Constitucional observó que la decisión de adoptar la medida legislativa impugnada solo se había producido tras la emergencia de la pandemia de covid-19, en el ámbito de una medida de urgencia heterogénea, orientada a revitalizar la economía nacional luego del prolongado cierre de las actividades productivas durante la primera fase aguda de la emergencia.

La Corte Constitucional excluyó que la modificación impugnada fuera excéntrica en cuanto a su materia y finalidad con respecto al decreto ley en la que fue incluida, compuesto por normas heterogéneas que tienen el mismo objetivo de promover la revitalización económica del país. En efecto, la Corte Constitucional consideró que el Gobierno opinaba que la revitalización podía ser facilitada también por una delimitación más precisa de la responsabilidad. Desde este punto de vista, la Corte Constitucional señaló que la modificación no constituía por ello un hecho aislado, sino que se sumaba a disposiciones para tranquilizar a los administradores

públicos respecto del otro “riesgo” de la responsabilidad presupuestaria, también objeto de modificaciones de carácter limitativo. En consecuencia, la Corte Constitucional concluyó que la norma impugnada no era ajena a la trayectoria de los objetivos del decreto. Por otro lado, rechazó que faltaran los requisitos de necesidad y urgencia extraordinaria, originados justamente en la emergencia epidemiológica y por la necesidad de revitalizar el país rápidamente.

La Corte Constitucional, además, declaró inadmisibile el planteo relativo a los contenidos sustanciales de la modificación, que, según el juez de instrucción, habría debilitado excesivamente la tutela del buen funcionamiento y de la imparcialidad de la administración pública. En efecto, la Corte Constitucional recordó que la salvaguardia de los valores constitucionales no se extinguía en la tutela penal y que la incriminación constituía el último recurso al que el legislador recurría cuando, en su valoración discrecional, lo considerara necesario debido a la ausencia o a la insuficiencia de otros medios de tutela.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: el art. 323 del Código Penal italiano reza: “Salvo que el hecho no sea constitutivo de una infracción más grave, el funcionario público o el encargado de un servicio público que, en el ejercicio de sus funciones o de su servicio, incumpla normas específicas de conducta expresamente establecidas por la ley o por actos con fuerza de ley y de los que no quede ningún margen de discrecionalidad, o al omitir la abstención en presencia de un interés personal o de un pariente cercano o en los demás casos prescritos, procura intencionadamente para sí mismo o para otros una ventaja económica injusta o causa a otros un daño injusto, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años. La sanción se incrementa en los casos en que la ventaja o el daño son de una gravedad significativa”.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 8/2022 del 18-1-2022, en https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/01/pronuncia_8_2022.pdf.



Derecho penal. Actos violentos cometidos en estado de extrema intoxicación. Presunción de inocencia. Eximente. Carta de Derechos y Libertades de Canadá. Art. 33.1 del Código Penal de Canadá. Inconstitucionalidad. (Canadá).

Antecedentes del caso: David Sullivan y Thomas Chan, ambos residentes en Ontario, Canadá, cometieron actos violentos en estado de intoxicación extrema. Sullivan ingirió una sobredosis de un medicamento prescripto, conocido por causar psicosis, y, en estado de alteración, atacó a su madre con un cuchillo y la hirió gravemente. Fue acusado de varios delitos, entre ellos los de asalto agravado y asalto

con arma. Por otro lado, Chan ingirió unos hongos alucinógenos que contenían una droga psicodélica llamada psilocibina. En estado de alteración, atacó a su padre con un cuchillo, lo mató e hirió gravemente a la pareja de este. Fue juzgado por homicidio y asalto agravado.

En 1994, el Parlamento de Canadá había promulgado el art. 33.1 del Código Penal (CP), en respuesta al fallo de la Corte Suprema de Canadá, *R. v. Daviault* (1994) 3 S. C. R. 63. La sentencia había confirmado la norma de *common law* que establecía que el estado de intoxicación y de automatismo resultante (pérdida total del autocontrol) —por consumo de alcohol, drogas, hongos alucinógenos, etc.— no era una eximente de delitos de intención general, previstos en el art. 33.1.3, incluidas las agresiones agravadas y las agresiones sexuales. Daviault había agredido sexualmente a una mujer después de haber bebido ocho botellas de cerveza y un litro de brandy, una cantidad capaz de causar la muerte o el coma en cualquier persona.

En sus respectivos juicios, tanto Sullivan como Chan alegaron que las drogas los habían sumido en un estado de automatismo y que el art. 33.1 CP violaba los arts. 7 (que garantiza el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona) y 11.d (que garantiza el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestre culpabilidad) de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá (Carta).

En el caso de Sullivan, el juez de primera instancia aceptó que había actuado involuntariamente, pero consideró que el art. 33.1 CP no daba lugar a una eximente por automatismo y lo condenó. Chan también fue condenado por otro juez de primera instancia.

Sullivan y Chan interpusieron sendos recursos de apelación ante la Corte de Apelaciones de Ontario, que absolvió a Sullivan y ordenó un nuevo juicio en el caso de Chan. El Gobierno recurrió ambas sentencias ante la Corte Suprema de Canadá.

Sentencia: la Corte Suprema de Canadá desestimó los recursos interpuestos por el Gobierno. Sostuvo que el art. 33.1 CP violaba los arts. 7 y 11.d de la Carta y, en consecuencia, debía ser declarado inconstitucional, sin fuerza ni efecto.

La Corte Suprema sostuvo que su decisión en *R. v. Brown* resultaba aplicable a los casos de Sullivan y Chan. En una fiesta, Brown había consumido alcohol y hongos alucinógenos. En un estado psicótico y sin control de sus acciones, había entrado en una casa cercana, había atacado al ocupante y le había causado lesiones permanentes. Luego había entrado en otra casa, pero los ocupantes lograron llamar a la policía. Brown fue acusado, por un lado, de entrada ilegal y violenta en domicilio ajeno y agresión con agravantes y, por el otro, de entrada ilegal y violenta en domicilio ajeno y daños a la propiedad por más de 5000 dólares.

En el juicio, Brown alegó que no era culpable de los delitos de los que se lo acusaba por el estado de automatismo en que se encontraba a causa del consumo de psilocibina. Además, las pruebas periciales aportadas en el juicio habían confirmado que Brown no tenía control voluntario sobre su conducta en el momento de cometer los delitos. El Gobierno había invocado el art. 33.1 CP para impedir que Brown alegara una intoxicación autoinducida, parecida al automatismo, como eximente ante el cargo de agresión con agravantes. Brown impugnó la constitucionalidad del

art. 33.1 CP ante el juez de primera instancia, que concluyó que la norma violaba los principios de justicia fundamental y la presunción de inocencia garantizados por los arts. 7 y 11.d de la Carta y que tales violaciones no se justificaban con base en el art. 1 de la Carta. Asimismo, declaró que el art. 33.1 no tenía fuerza ni efecto en los términos del art. 52.1 del Acta Constitucional de 1982. En consecuencia, Brown tuvo derecho a plantear en juicio la eximente por intoxicación extrema similar al estado de automatismo. El juez de instrucción sostuvo que la eximente era una respuesta a ambos cargos y dictó sentencias absolutorias. La Corte de Apelaciones revocó la declaración de que el art. 33.1 CP no tenía fuerza ni efecto, anuló la absolución del cargo de entrada ilegal y violenta en domicilio ajeno y asalto agravado y declaró la condena por ese delito. La absolución de la acusación de daños no se vio afectada por el art. 33.1 y no fue recurrida.

En los recursos de Sullivan y Chan, el Gobierno sostuvo que, en virtud del art. 33.1 CP, se imponía la responsabilidad por el acto de intoxicación extrema autoinducida, que conduce a violencia involuntaria o no intencionada. Según el Gobierno, ese acto culposo incluye un elemento de culpa constitucionalmente compatible con la negligencia que implica una marcada desviación de la norma de conducta razonable mediante el acto voluntario de intoxicarse.

La Corte Suprema destacó que el defecto fundamental del art. 33.1 CP era el riesgo de condenas erróneas. Al impedir el planteo de una duda razonable sobre los elementos de voluntariedad o *mens rea* del delito imputado, el artículo permitía que una persona fuera condenada por una conducta involuntaria. La Corte Suprema consideró que el artículo era contrario al principio de presunción de inocencia y que permitía la condena por una conducta de la que el acusado no era consciente, que no podía controlar y que, por lo tanto, no podía ser un acto culpable.

La Corte Suprema advirtió que la carga de demostrar el automatismo suponía un gran obstáculo para el acusado y que la ley solo se aplicaba a ciertas sustancias tóxicas cuyas propiedades podían provocar un estado similar al automatismo. Sin embargo, a pesar de su ámbito estrecho y su aplicación poco frecuente, el art. 33.1 CP restringía derechos fundamentales del acusado. Las limitaciones de responsabilidad absoluta menoscababan muchas de las creencias fundamentales que estructuran el sistema penal canadiense. En cierta medida, un acusado puede ser moralmente culpable por consumir voluntariamente sustancias tóxicas, pero esa culpa no es la medida de la culpabilidad para los delitos establecidos en el art. 33.1.3 CP.

La Corte Suprema recordó que la idea de que la existencia de una condena sin una prueba de culpabilidad amenazaba un sistema de justicia penal basado en la dignidad y el valor de la persona era un tema recurrente en la jurisprudencia canadiense. Cuando se castiga a alguien que no sabía o no podía saber que estaba cometiendo un delito, se daña la dignidad y la autoestima de esa persona. Por otro lado, el reconocimiento de la dignidad y la autoestima del acusado no menoscaba la dignidad y la autoestima de las víctimas del delito.

Por otra parte, la Corte Suprema sostuvo que el art. 33.1 CP castigaba de forma desproporcionada un daño no intencionado, por lo que se oponía al principio de proporcionalidad del castigo en relación con la gravedad del delito. El art. 33.1

exige que el delincuente asuma toda la responsabilidad del delito, aunque el *actus reus* y la *mens rea* del delito violento no se cumplan.

La Corte Suprema observó que su tarea no consistía en resolver el problema del equilibrio adecuado entre los intereses en conflicto, sino que eso le incumbía al Parlamento. Sin embargo, consideró razonable suponer la existencia de alternativas social y constitucionalmente más aceptables que la inmunidad total y que se lleven a cabo de manera más justa que mediante el art. 33.1 CP.

Finalmente, la Corte Suprema sostuvo que el art. 33.1 CP creaba un régimen de responsabilidad que vulneraba los principios destinados a proteger a los inocentes. Asimismo, concluyó que el impacto sobre los principios de justicia fundamental era desproporcionado con respecto a los beneficios públicos generales. Por estas razones, los límites que el art. 33.1 CP imponía a los arts. 7 y 11.d de la Carta no podían justificarse en una sociedad libre y democrática.

Nota de Referencia Extranjera: texto del art. 33.1 del Código Penal de Canadá: (1) no es eximente de un delito referido en el apartado 3 que el acusado, debido a una intoxicación autoinducida, carezca de la intención general o de la voluntariedad requerida para cometer el delito, cuando se ha apartado notablemente del estándar de cuidado descrito en el apartado 2; (2) a los efectos de este artículo, una persona se aparta notablemente de la norma de cuidado razonable generalmente reconocida en la sociedad canadiense y, por lo tanto, es penalmente culpable cuando —en un estado de intoxicación autoinducida por el que queda inconsciente o es incapaz de controlar conscientemente su comportamiento— interfiere, voluntaria o involuntariamente, o amenaza con interferir en la integridad física de otra persona; (3) este artículo es aplicable a un delito previsto en esta o cualquier otra ley del Parlamento que incluya una agresión o cualquier otra interferencia o amenaza de interferencia por parte de una persona en la integridad física de otra persona.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, sentencia del 13-5-2022, en <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19390/index.do>.



Derecho penal. Delitos sexuales contra menores. Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales. Interpretación. Interés superior del menor. (India).

Antecedentes del caso: dos sentencias de primera instancia relativas a casos judiciales similares fueron apeladas ante el Tribunal Superior de Bombay. Uno de los casos estaba vinculado con una niña de doce años que, luego de salir de su casa para comprar fruta, había sido interceptada y conducida por Satish, un vecino, a su casa. La madre de la niña, alarmada por la tardanza y advertida de lo sucedido por una

vecina, salió a buscarla. Al llegar a la casa de Satish, vio que este bajaba del primer piso y escuchó que de allí provenían gritos de su hija. Subió y encontró que la puerta estaba cerrada con llave desde afuera. La niña le relató que Satish, con la promesa de darle fruta, la había conducido a su casa, le había apretado el pecho y había tratado de quitarle el vestido. Ella había intentado gritar, pero Satish le había tapado la boca y había salido cerrando la puerta con llave. Inmediatamente, la madre hizo la denuncia en la comisaría. Cuando la policía fue al lugar del hecho, Satish estaba tratando de ahorcarse, por lo que fue llevado al hospital.

Satish apeló la sentencia de primera instancia ante el Tribunal Superior de Bombay, que lo absolvió del delito previsto en el art. 8 de la Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales y lo condenó a un año de prisión y al pago de una multa de 500 rupias o, en su defecto, a prisión con trabajos forzados durante un mes por el delito establecido en el art. 354 del Código Penal (CP). Ese artículo reza: “quien agrede o utilice la fuerza contra una mujer con la intención de ultrajar su pudor será castigado con una pena de prisión de hasta cinco años y no inferior a un año y con una multa”. Del mismo modo, el delito previsto en el art. 342 CP implica la condena a seis meses de prisión y al pago de una multa de 500 rupias. El Tribunal Superior de Bombay observó que el acto de apretar el pecho de la niña, sin haberle sacado el vestido, no se encuadraba en la definición de agresión sexual porque no había habido contacto físico directo de piel con piel.

El otro caso se refería a una niña de cinco años que había quedado sola en su casa con su hermanita. Al regresar al hogar, la madre vio que un hombre agarraba una mano de su hija mientras ella se subía el pantalón. La madre reconoció a su vecino Libnus, que le dijo que había ido a ver a su marido por un trabajo. La madre vio que el cierre del pantalón de Libnus estaba abierto y empezó a gritarle y a insultarlo. Al oír los gritos, los vecinos acudieron rápidamente y Libnus huyó. La niña relató que el hombre había llegado preguntando por su padre y que, cuando ella le había dicho que su padre no estaba y que su madre había salido a trabajar, la había agarrado de las manos, le había subido la camisa con una mano y bajado el pantalón con la otra. A continuación, se había bajado el cierre del pantalón, le había mostrado el pene y le había pedido que se acostara en un catre. En consecuencia, la madre con su hija y otras vecinas concurrieron a la comisaría para realizar la denuncia.

Libnus apeló la sentencia de primera instancia ante el Tribunal Superior de Bombay, que resolvió absolverlo de los delitos previstos en los arts. 8 y 10 de la Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales, pero mantuvo la condena por los delitos previstos en los arts. 448 y 354-A.1.i CP en conjunción con el art. 12 de la ley mencionada.

El fiscal general de la India, la Comisión Nacional para la Mujer, el Estado de Maharashtra y los condenados apelaron las decisiones del Tribunal Superior de Bombay ante la Suprema Corte de la India.

El fiscal general expresó su preocupación por la forma en que las disposiciones de la Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales habían sido interpretadas por el Tribunal Superior. En efecto, en su opinión, todos los presuntos actos del acusado equivalían a una “agresión sexual” en el sentido del art. 7 de la

norma, que reza: “comete una agresión sexual, quien, con intención sexual, toque la vagina, el pene, el ano o el pecho del niño o haga que el niño toque la vagina, el pene, el ano o el pecho de dicha persona o de cualquier otra, o realice cualquier otro acto con intención sexual que implique un contacto físico sin penetración”. Según el fiscal general, tales actos serían punibles según lo dispuesto en el art. 8 de la ley citada, que dice: “quien cometa una agresión sexual será castigado con una pena de prisión de hasta cinco años y no inferior a tres años y también con una multa”.

La Comisión Nacional para la Mujer afirmó que, dado que los delitos sexuales contra las mujeres no estaban previstos por la legislación existente, la ley mencionada se había promulgado específicamente para proteger a los niños de los delitos de agresión sexual, acoso sexual y pornografía. Los delitos sexuales pretendían abarcar todas las situaciones posibles. Por otra parte, afirmó que el legislador, en el art. 7, había utilizado indistintamente las palabras “toque” y “contacto físico” y que, por lo tanto, restringir el significado de la palabra “contacto físico” al “contacto piel con piel” era una interpretación estrecha que iba en contra del objetivo de la ley. También señaló que el Tribunal Superior de Bombay había cometido un grave error al aplicar el principio de *ejusdem generis*.

Sentencia: la Suprema Corte de la India condenó a Satish por los delitos previstos en los arts. 8 de la Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales y 342, 354 y 363 del Código Penal. Estableció una pena de prisión de tres años y al pago de una multa de 500 rupias o, en su defecto, a una pena de prisión de un mes por el delito contemplado en el art. 8 de la ley mencionada. Asimismo, condenó a Libnus por los delitos previstos en los arts. 354-A.1.i y 448 CP, así como por los delitos previstos en los arts. 8, 12 y 10, en conjunción con el artículo 9.m, de la ley. Dispuso una pena de prisión de cinco años por el delito contemplado en el art. 10 de la ley y al pago de una multa de 25 000 rupias o, en su defecto, a una pena de prisión de seis meses.

La Suprema Corte sostuvo que, en ambos casos, la controversia se centraba en la interpretación del art. 7 de la Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales. En efecto, al interpretar una ley, los tribunales debían esforzarse por precisar la intención del legislador al promulgarla y evitar cualquier posible abuso. En su opinión, era necesario buscar el verdadero significado de las palabras utilizadas en el estatuto.

La Suprema Corte recordó que, dado que los delitos sexuales contra los niños no eran abordados adecuadamente en las normas existentes y un gran número de ellos no estaban contemplados específicamente ni penalizados apropiadamente, el objetivo de la promulgación de la ley había sido proteger a los menores de los delitos de agresión sexual, acoso sexual y pornografía y establecer tribunales especiales para el juicio de tales delitos. Observó también que se habían tenido en cuenta el art. 15 de la Constitución, que faculta al Estado a adoptar disposiciones especiales para los niños, y la Convención sobre los Derechos del Niño (a la que adhiere el Gobierno de la India), que prescribe un conjunto de normas que deben seguir todos los Estados parte para garantizar el interés superior del niño. El proyecto de la Ley de Protección

de los Niños contra los Delitos Sexuales pretendía hacer respetar los derechos de todos los niños a la seguridad y a la protección contra el abuso y la explotación sexual, y también definir explícitamente los delitos contra ellos.

La Suprema Corte sostuvo que el art. 7 de la ley constaba de dos partes. En efecto, la primera parte mencionaba el acto de tocar las partes sexuales específicas del cuerpo con intención sexual. La segunda parte se refería a “cualquier otro acto” realizado con intención sexual que implicara contacto físico sin penetración. Dado que la controversia era relativa a las palabras “toque” y “contacto físico” contenidas en ese artículo, la Suprema Corte recordó que la palabra “toque” significa “el sentido que permite ser consciente de las cosas y de cómo son cuando se ponen las manos y los dedos sobre ellas”, la palabra “físico”, “de o relativo al cuerpo” y la palabra “contacto”, “el estado o condición de tocar; el tacto; el acto de tocar”. La Suprema Corte puntualizó que la palabra “toque” se había utilizado específicamente en relación con las partes sexuales del cuerpo, mientras que la palabra “contacto físico” se había utilizado para cualquier otro acto. Por lo tanto, el acto de tocar la parte sexual del cuerpo o cualquier otro acto que implique contacto físico, si se hace con “intención sexual”, equivaldría a una “agresión sexual” en el sentido del art. 7 de la ley. En consecuencia, no era posible aceptar que la expresión “contacto físico” fuese interpretada como contacto “piel con piel”.

La Suprema Corte opinó que resultaba inaceptable toda interpretación estrecha de la disposición en cuestión que fuera en contra de su propio objetivo. Restringir la significación de las palabras “toque” o “contacto físico” a “contacto piel con piel” no solo resultaba una interpretación estrecha, sino que conducía a una interpretación absurda de la disposición. Para constituir un delito de “agresión sexual”, el “contacto piel con piel” no podría haber sido pretendido o contemplado por el legislador. El objeto mismo de la promulgación de la ley había sido proteger a los niños de los abusos sexuales y, de aceptarse una interpretación tan estrecha, se llegaría a una situación muy perjudicial, ya que tocar las partes sexuales o no sexuales del cuerpo de un niño con guantes, preservativos, sábanas o tela, aunque se haga con intención sexual, no equivaldría a un delito de agresión sexual en virtud del art. 7 de la ley. Lo más importante para configurar el delito de agresión sexual es la “intención sexual” y no el contacto “piel con piel” con el menor.

La Suprema Corte sostuvo que el impacto de una agresión sexual en niños de tierna edad podía perdurar durante toda su vida y afectar su estado mental.

La Suprema Corte sostuvo que, en el caso de Satish, el Tribunal Superior había cometido un error al considerarlo culpable de los delitos menores contemplados en los arts. 342 y 354 CP y absolverlo del delito contemplado en el art. 8 de la Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales. Por otro lado, era un grave error sostener que el acto de presionar el pecho de la niña de doce años no se encuadraba en la definición de agresión sexual y sí en la de delito del art. 354 CP. Asimismo, era un error considerar que no había habido delito porque no había existido contacto físico directo, es decir, “piel con piel” con intención sexual.

La Suprema Corte señaló que la interpretación del art. 7 que había hecho el Tribunal Superior sobre la premisa del principio *ejusdem generis* también era

totalmente errónea. El principio *ejusdem generis* debía aplicarse únicamente como ayuda para la interpretación de la ley, pero no cuando se desvirtuaba la intención legislativa.

La Suprema Corte opinó que no solo había sido probada debidamente la intención sexual del acusado, sino que también habían sido probados los supuestos actos en los que había presionado el pecho de la víctima, había intentado quitarle el vestido y también había ejercido fuerza presionando su boca. Todos esos actos constituían una “agresión sexual” como estaba previsto en el art. 7 de la ley.

En lo que respecta al caso de Libnus, la Suprema Corte consideró que el Tribunal Superior había cometido un grave error al concluir que los presuntos actos del acusado de entrar en la casa de la niña con intención sexual para ultrajar su pudor, tomar sus manos y bajar el cierre de su pantalón para mostrarle su pene no se encuadraban en la definición de agresión sexual. En efecto, tales actos estaban incluidos dentro del ámbito de “agresión sexual” en el sentido del art. 7 de la ley y, dado que la menor doce años, Libnus había cometido un delito de “agresión sexual agravada”, previsto en el art. 9.m de la ley y pasible de recibir una pena de prisión no inferior a cinco años en virtud del art. 10.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Attorney General of India v. Satish and another*, en https://main.sci.gov.in/supremecourt/2021/2286/2286_2021_32_1501_31537_Judgement_t_18-Nov-2021.pdf.



Derecho penal. Inmigrante con residencia permanente. Libertad condicional. Validez de la orden de libertad condicional. Derecho al trabajo voluntario. (Reino Unido).

Antecedentes del caso: el Sr. Majera es un ciudadano de Ruanda que llegó al Reino Unido cuando era niño y obtuvo una residencia permanente. Tras ser condenado a prisión por delitos penales graves en 2006, en 2012 recibió una orden de deportación, que nunca se implementó. En 2013, fue trasladado a una prisión abierta y trabajaba como voluntario en un negocio de caridad. El 30 de marzo de 2015, cuando se le otorgó la libertad condicional, la secretaria de Estado del Ministerio del Interior decidió que Majera debía permanecer detenido, conforme al párrafo 2 del Anexo 3 de la Ley de Inmigración de 1971, hasta tanto fuese deportado del Reino Unido.

El 27 de julio de 2015, Majera solicitó ante el Tribunal de Primera Instancia la libertad bajo fianza con base en el párrafo 22 del Anexo 2 de la ley de 1971. El 30 de julio de 2015, el Tribunal de Primera Instancia resolvió que Majera debía ser liberado bajo fianza, con la obligación de que se reportara con su supervisor de libertad condicional y se sometiera a las condiciones de la libertad condicional. La

secretaría de Estado solicitó al tribunal que le prohibiera realizar trabajos voluntarios, pero el pedido fue rechazado. La orden de libertad bajo fianza no obligaba a Majera a comparecer ante un oficial de migraciones en determinado lugar y fecha, independientemente de que el párrafo 22.1.A del Anexo 2 de la ley de 1971 así lo exigiera. No obstante, ese mismo día, un oficial de migraciones le entregó a Majera una notificación que rezaba “la secretaria de Estado ha decidido que usted no debe permanecer detenido pero, conforme al párrafo 2.5 del Anexo 3 de la ley de 1971, ella impone ahora (...) restricciones”, que incluían la prohibición de ejercer el trabajo, pago o voluntario, y el deber de cumplir un toque de queda.

El 3 de diciembre de 2015 y el 4 de enero de 2016 la secretaria de Estado rechazó los pedidos en los que Majera solicitaba, por un lado, que se retirara la prohibición de realizar trabajos voluntarios y, por el otro, una flexibilización de la restricción del toque de queda.

Ante la respuesta negativa, Majera solicitó la revisión judicial de esas decisiones ante el Tribunal Superior. Se fundó en que la secretaria de Estado no tenía la facultad legítima para imponer condiciones que el tribunal no hubiera ordenado. En contestación, la secretaria de Estado reconoció que la exigencia del toque de queda era ilegítima, pero alegó que era legítimo imponer la condición relativa al trabajo voluntario, dado que la orden de libertad condicional tenía vicios jurídicos y, por lo tanto, era inválida.

El Tribunal Superior resolvió que las decisiones de la secretaria de Estado eran ilegítimas y ordenó que Majera permaneciera en libertad condicional.

La secretaria de Estado apeló ante la Corte de Apelaciones, que resolvió que la orden de libertad condicional era inválida y no tenía efecto legal.

Majera apeló ante la Corte Suprema del Reino Unido. Su apelación planteó una cuestión constitucional de gran importancia: si el Gobierno (o cualquier persona) podía actuar legítimamente de forma incompatible con una orden de un juez que tenía un vicio jurídico, sin antes solicitar y obtener la modificación o de esa orden.

Sentencia: la Corte Suprema hizo lugar por unanimidad a la apelación. En consecuencia, fue restablecida la sentencia del Tribunal Superior que anulaba las decisiones de la secretaria de Estado y resolvía que Majera permaneciera en libertad condicional de acuerdo con la orden que así lo disponía.

La Corte Suprema declaró que era bien sabido que una orden judicial debía ser obedecida, a menos que, y hasta tanto, haya sido suspendida o modificada por el tribunal (o anulada a través de la legislación). Esta norma aplica a todas las órdenes judiciales, ya sean éstas válidas o inválidas, regulares o irregulares. El fundamento de esta norma radica en el Estado de derecho y, más precisamente, en el principio básico de que las órdenes judiciales no deben ser ignoradas por nadie, incluido el Gobierno.

En lugar de aplicar esta norma, la Corte de Apelaciones resolvió, a partir de jurisprudencia relativa a actos administrativos y sentencias ilegítimas, que la orden de libertad condicional no tenía efecto legal y que, por lo tanto, la secretaria de Estado no estaba obligada a cumplirla. Al respecto, la Corte Suprema declaró que, si bien

el caso no hacía referencia a un acto administrativo ilegal, sino a una orden judicial, aun en el contexto de actos administrativos y sentencias judiciales, sostener que un acto ilegítimo no tenía efecto legal alguno constituía una simplificación excesiva y aclaró que existía una variedad de circunstancias en las cuales un acto administrativo ilegítimo podía tener consecuencias legales.

La Corte Suprema consideró que, aun si la orden de libertad condicional hubiese sido inválida, la secretaria de Estado estaba obligada a cumplirla, a menos que, y hasta tanto, fuese modificada o anulada. Agregó que la secretaria de Estado había tenido la oportunidad de impugnar la orden de libertad condicional ante el Tribunal de Primera Instancia, por considerarla viciada o, alternativamente, podría haber solicitado una revisión judicial ante el Tribunal Superior, pero tampoco lo había hecho.

Por lo tanto, la Corte Suprema resolvió que la denuncia de invalidez de la orden de libertad condicional no constituía una defensa válida contra el pedido de Majera de revisión judicial. Del mismo modo, ante la ausencia de otro motivo que fundara la decisión de la Corte de Apelaciones de revocar la sentencia del Tribunal Superior y ante el hecho de que la secretaria de Estado no había solicitado a la Corte Suprema que desestimara la apelación por otras razones, la Corte hizo lugar a la apelación de Majera.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, *R (on the application of Majera (formerly SM (Rwanda)) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2021] UKSC 46, sentencia del 20-10-2021, en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2021/46.html>.



Derecho penal. Medidas de seguridad. Detención provisional. Salud mental. Antiguos hospitales psiquiátricos judiciales. Residencia de Ejecución de Medidas de Seguridad. Reserva de ley. Principios constitucionales. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal Ordinario de Tivoli planteó la inconstitucionalidad de los arts. 206 y 222 del Código Penal y del art. 3.ter del Decreto Ley n.º 211/2011 (intervenciones urgentes para contrarrestar la tensión de detención producida por el hacinamiento de las prisiones), convertido con modificaciones en la Ley n.º 9/2012, modificada por el art. 1.1.a del Decreto Ley n.º 52/2014 (disposiciones urgentes sobre la superación de los hospitales psiquiátricos judiciales), a su vez convertido con modificaciones en la Ley n.º 81/2014. El tribunal de Tivoli alegó que esas disposiciones violaban, en su conjunto, los arts. 27 y 110 de la Constitución, ya que, al atribuir a las regiones y a los órganos administrativos coordinados y supervisados por ellas la competencia para ejecutar detenciones provisionales en residencias de ejecución de medidas de seguridad (REMS), excluían

la competencia del ministro de Justicia en la ejecución de este tipo de medidas de seguridad de detención provisional. Aseguró que violaban también los arts. 2, 3, 25, 32 y 110 de la Constitución en tanto permiten la adopción, mediante actos administrativos, de disposiciones generales sobre medidas de seguridad que vulneran la reserva de ley al respecto.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inadmisibilidad de los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 206 y 222 del Código Penal y del art. 3.ter del Decreto Ley n.º 211/2011.

La Corte Constitucional recordó que la peculiar naturaleza de las REMS, en tanto medida de seguridad de fuerte contenido terapéutico, comportaba la necesidad de que se respetaran los principios constitucionales establecidos, por un lado, en materia de medidas de seguridad y, por el otro, en materia de tratamiento médico obligatorio. La Corte sostuvo que era preciso aplicar el principio de reserva de ley del Estado, que debía prever no solo los casos en los que esa medida de seguridad era admisible, sino también, al menos en su núcleo esencial, los modos en los que podía restringir la libertad personal del sujeto que la sufría. La Corte Constitucional consideró que el art. 3.ter del Decreto Ley n.º 211/2011 no se ajustaba a este principio, ya que delegaba casi por completo la regulación en un decreto no reglamentario posterior del ministro de Sanidad, que debe ser adoptado por el ministro de Justicia y la Conferencia Permanente para las Relaciones entre el Estado y las Autonomías Territoriales. En efecto, la Corte Constitucional observó que la mayor parte de la regulación actual de las REMS se basaba en actos distintos a la ley.

Asimismo, la Corte Constitucional señaló que el reglamento actual no se ajustaba al art. 110 de la Constitución, por no asignar ningún papel en la materia al ministro de Justicia y dejar que las distintas autoridades judiciales interactúen directamente con las estructuras administrativas de las distintas REMS y de los distintos departamentos regionales de salud mental, cada uno de los cuales funciona con lógicas diferentes y sobre la base de realidades organizativas muy heterogéneas.

Pese a haber reconocido la existencia de fricciones con los principios constitucionales, la Corte declaró inadmisibles las cuestiones planteadas por el tribunal remitente, porque una eventual declaración de inconstitucionalidad llevaría a un desmantelamiento completo del sistema de las REMS, que es fruto de un laborioso pero ineludible proceso de superación de los antiguos hospitales psiquiátricos judiciales, y produciría un vacío de protección inadmisibile.

Finalmente, la Corte Constitucional señaló la necesidad urgente de una reforma integral del sistema, que garantice una base legislativa adecuada para la nueva medida de seguridad y la implantación y el buen funcionamiento, en todo el territorio nacional, de un número suficiente de REMS para satisfacer las necesidades reales. Además, la reforma debe asegurar formas de participación adecuada del Ministerio de Justicia en la coordinación y el seguimiento del funcionamiento de las REMS existentes y de los demás instrumentos de protección

de la salud mental que pueden activarse en el marco de las diferentes medidas de seguridad relativas a la libertad condicional, así como en la planificación de los requisitos financieros pertinentes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 22 del 2-2-2022, en <http://www.regioni.it/download/news/645642/>.



Derecho penal. Mujeres condenadas a penas inferiores a 8 años. Madres cabeza de familia. Prisión domiciliaria. (Colombia).

Antecedentes del caso: el Gobierno nacional de Colombia cuestionó la constitucionalidad de varias disposiciones del proyecto de ley n.º 93 de 2019 (Senado) y n.º 498 de 2020 (Cámara), que adopta acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria. Objetó diversos artículos de la norma y algunas expresiones puntuales.

El proyecto de ley establece que las mujeres cabeza de familia condenadas por delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho años de prisión podrán obtener, como medida sustitutiva de la pena de prisión (de oficio o a petición de parte), el servicio de utilidad pública. Así, tendrán la posibilidad de trabajar para el Estado o para entidades sin ánimo de lucro desde sus casas, en lugar de estar tras las rejas. Para ello, deberán demostrar, por cualquier medio de prueba, que la comisión del delito estaba asociada a condiciones de marginalidad que afectaban la manutención del hogar y cumplir con los demás requisitos establecidos por esta ley. La medida sustitutiva de la pena de prisión no se aplicará cuando haya condena firme por otro delito doloso o exista concurso con conductas punibles distintas a las señaladas en la norma.

En última instancia, el proyecto de ley impugnado establece que la prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y que la prestación de servicios de utilidad pública para mujeres cabeza de familia también es sustitutiva de la pena de prisión, de conformidad con los parámetros previstos en la misma norma.

Como primera objeción, el Gobierno nacional señaló que los arts. 2, 4 y 7 del proyecto de ley eran incompatibles con el art. 2 de la Constitución, porque, al extender el beneficio del servicio de utilidad pública como pena sustitutiva de prisión para delitos graves y de alto impacto social, afectaba la convivencia pacífica y la vigencia de un orden democrático justo. De igual manera, el Gobierno sostuvo que la extensión del beneficio referido no respetaba los compromisos internacionales en materia de persecución, investigación y sanción de los ilícitos asociados al narcotráfico, en especial los derivados de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La segunda objeción del Gobierno nacional indicó que las expresiones “mujeres” y “madre”, previstas en los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 14, 16, 17 y 19 del proyecto de ley, implicaban una omisión legislativa relativa, pues se reducía injustificadamente el ámbito de aplicación de la medida sustitutiva de la pena de prisión a las madres cabeza de familia. Argumentó que, de esta manera, la norma excluía a los hombres con características familiares similares, por lo que se desatendía el mandato de protección del art. 44 de la Constitución y la jurisprudencia vigente.

Sentencia: el pleno de la Corte Constitucional de Colombia, por unanimidad, declaró infundadas las objeciones por inconstitucionalidad parcial presentadas por el Gobierno nacional, al tiempo que resolvió no emitir un pronunciamiento de fondo sobre la objeción por inconstitucionalidad referida a la configuración de una presunta omisión legislativa relativa.

La decisión de la Corte Constitucional se dividió en tres apartados. En primer lugar, la Corte Constitucional declaró infundada la primera objeción, relativa a los arts. 2, 4 y 7, por lo que el proyecto de ley es constitucional. En segundo lugar, la Corte Constitucional declaró infundada la segunda objeción, relativa a la expresión “mujeres” contenida en los arts. 6, 14, 16 y 17, por lo que el proyecto de ley es constitucional. En tercer lugar, la Corte Constitucional decidió no estudiar la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial debido a la configuración de una omisión legislativa relativa, respecto de las expresiones “mujeres” y “madre” contenidas en los arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 19 del proyecto de ley. Consideró que la objeción no estaba bien formulada.

Para estudiar las objeciones, la Corte Constitucional analizó el margen de acción del legislador en materia de política criminal y recordó que, si bien era amplio, estaba sujeto a límites implícitos y explícitos. Por eso, advirtió que los instrumentos de política criminal del legislador debían respetar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios de razonabilidad y de proporcionalidad y las finalidades del Estado social y democrático de derecho.

Al respecto, la Corte Constitucional reiteró que uno de los objetivos medulares del sistema penitenciario y carcelario era la resocialización de la población privada de la libertad. Asimismo, precisó que, como lo había reconocido la jurisprudencia, este objetivo no se alcanzaba exclusivamente con la reclusión penitenciaria, sino que, por el contrario, exigía el trabajo, el estudio, la disciplina, la instrucción, el deporte, la recreación, el restablecimiento de las relaciones afectivas y familiares y la posibilidad de tener contactos con la sociedad extramuros. En ese sentido, observó que el legislador debía diseñar un tratamiento penitenciario progresivo que respetara la dignidad del condenado, garantizara el principio de la intervención mínima y promoviera la reinserción social.

Por otro lado, la Corte Constitucional destacó que la ley, la jurisprudencia y la doctrina enfatizaban que las mujeres experimentaban de forma diferenciada la privación de la libertad. Además, analizó varias investigaciones y documentos científicos y oficiales sobre el perfil demográfico, socioeconómico y delictivo de las mujeres en las cárceles de país. Resaltó, entre otras cosas, que casi la mitad estaba

condenada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pero que, en general, no desempeñaban un rol significativo dentro de las organizaciones criminales. Por otra parte, la Corte Constitucional advirtió que los análisis empíricos sobre la materia revelaban que la prisión afectaba ostensiblemente a aquellas mujeres que habían contemplado dentro de su plan de vida la maternidad, pues el encarcelamiento solía implicar el resquebrajamiento de los vínculos familiares.

Asimismo, la Corte Constitucional constató que los organismos multilaterales, la academia y la sociedad civil habían resaltado tanto el imperativo de incorporar el enfoque de género en la política criminal del Estado como la necesidad de mitigar los costos sociales y económicos de la prisión. En este sentido, destacó la opción de adoptar medidas alternativas al encarcelamiento, ya que pueden contribuir a garantizar el principio de proporcionalidad de la pena, reducir las tasas de hacinamiento, disminuir los costos del encarcelamiento y lograr mayor efectividad para el cumplimiento de los objetivos de reinserción social, seguridad ciudadana y reducción del delito.

En el análisis de las omisiones legislativas relativas, la Corte Constitucional destacó que, cuando el Gobierno formulaba objeciones, tenía que cumplir con unos requisitos argumentativos estrictos, por lo que, si esto no ocurría, el tribunal debía inhibirse de pronunciarse sobre el fondo de la objeción.

En cuanto al examen concreto de la primera objeción, la Corte Constitucional sostuvo que el proyecto de ley no afectaba la persecución de los delitos ni moderaba su efecto punitivo. La medida alternativa a la privación de la libertad no supone, como señalaba el Gobierno, la despenalización de las conductas o la ausencia de una sanción ejemplarizante. De igual modo, la Corte Constitucional aseguró que la prerrogativa penal estaba plenamente focalizada. Su concesión solo es válida ante el cumplimiento de los requisitos contemplados en la norma y por vía de una decisión judicial motivada, y responde a un fenómeno estadísticamente demostrado, que es la instrumentalización de las mujeres por parte de las organizaciones criminales y la feminización de los delitos asociados al narcotráfico.

La Corte Constitucional afirmó que las disposiciones cuestionadas no afectaban los compromisos internacionales, pues no alteraban los tipos penales ni legalizaban las conductas delictivas que los tratados tipificaban y perseguían. Además, las convenciones internacionales deben ser interpretadas a la luz de los derechos y las garantías reconocidas en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos, varios de los cuales destacan el fin resocializador de la pena y la imperiosa protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, particularmente de las mujeres. Con fundamento en todas estas razones, la Corte Constitucional declaró infundada la primera objeción del Gobierno nacional.

En cuanto al examen concreto de la segunda objeción, la Corte Constitucional dividió el análisis en dos partes. En la primera, advirtió que la expresión “mujeres” contenida en los arts. 6, 14, 16 y 17 del proyecto de ley no podía considerarse para efectos de la objeción, porque en tales artículos no se aludía al ámbito de aplicación de la medida sustitutiva de la pena de prisión, sino a instrumentos directamente encaminados a la satisfacción de los derechos de las mujeres privadas de la libertad y

al logro de su efectiva resocialización. Por lo tanto, se declaró infundada la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial, en lo que atañe a la referida expresión en los artículos indicados.

En la segunda parte del análisis de la segunda objeción, la Corte Constitucional examinó lo relativo a las expresiones “mujeres” y “madre” contenidas en los arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 19 del proyecto. Observó que la objeción no cumplía con la carga argumentativa mínima que la jurisprudencia constitucional exigía para este tipo de reproches. No se identificó, con suficiencia y de manera expresa, el deber constitucional que habría sido omitido por el legislador, sino que solo se señaló que las disposiciones impugnadas desconocían los derechos de los niños y de las personas en situación de discapacidad. Pese a que se sugirió la existencia de un trato diferenciado sobre grupos asimilables, no se argumentó con rigor por qué la exclusión cuestionada carecía de un principio de razón suficiente y por qué la falta de justificación y objetividad generaba una desigualdad negativa. En consecuencia, dado que las objeciones gubernamentales deben cumplir con una carga argumentativa suficiente y que el Gobierno no justificó adecuadamente el sustento de sus afirmaciones, la Corte Constitucional resolvió inhibirse de estudiar la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial, en lo que respecta a las expresiones “mujeres” y “madre” contenidas en los arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 19 del proyecto de ley.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-256-22 del 6-7-2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2022%20-%20Julio%206%20de%202022.pdf>.



Derecho penal. Pena de muerte. Debido proceso. Derecho de defensa. Derecho a presentar elementos probatorios, admisión y valoración de la prueba. Derecho a un juicio justo. (EE. UU.).

Antecedentes del caso: el 15 de abril de 2013, los hermanos Dzhokhar y Tamerlan Tsarnaev colocaron y detonaron dos bombas caseras hechas con una olla a presión cerca de la línea de llegada de la maratón de Boston, provocaron la muerte de tres personas e hirieron a cientos de los presentes. Tres días después, cuando los investigadores comenzaron a cercarlos, los hermanos huyeron y, en su trayecto, asesinaron a un oficial de la policía del campus del Instituto Tecnológico de Massachusetts, secuestraron a un estudiante de posgrado y se enfrentaron en la calle con la fuerza policial. Durante el enfrentamiento, Dzhokhar, sin darse cuenta, arrolló y mató a Tamerlan. Finalmente, Dzhokhar abandonó el auto que manejaba y se ocultó en el interior de un bote cubierto que se encontraba guardado en un patio cercano. Al día siguiente fue detenido. Dzhokhar fue imputado por treinta delitos, incluidos diecisiete que se castigan con pena de muerte.

En el procedimiento de selección de los integrantes del jurado, las partes propusieron un formulario de evaluación con cien preguntas y, entre ellas, muchas relativas a si la cobertura del caso que habían hecho los medios de comunicación podía haber influenciado la perspectiva de los futuros jurados. El tribunal de primera instancia se negó a incluir una pregunta en la que se le pedía a cada candidato que enumerara los hechos que había conocido sobre el caso a través de los medios de comunicación y de otras fuentes. De acuerdo con el tribunal, la consigna era demasiado “imprecisa” y “sin dirección”. Luego de tres semanas de un interrogatorio presencial, se conformó el jurado. Un tiempo después, encontraría culpable a Dzhokhar de todos los cargos que se le imputaban y el Estado pediría que lo condenaran a la pena de muerte.

En el momento en que fue dictada la sentencia, Dzhokhar buscó mitigar su pena con base en la teoría de que Tamerlan había sido el artífice del ataque y que lo había presionado para que participara. Con la intención de demostrar la naturaleza dominante de su hermano, Dzhokhar pidió agregar las declaraciones de Ibragim Todashev, que había afirmado durante una audiencia con el FBI que años atrás Tamerlan había participado en un triple homicidio en la ciudad de Waltham. El Estado solicitó al tribunal que rechazara toda referencia a los homicidios ocurridos en Waltham con el argumento de que la evidencia carecía de relevancia o de valor probatorio y era posible que se confundieran las causas. El Estado también señaló que, debido a que los agentes del FBI habían asesinado a Todashev en defensa propia después de que él los atacara durante una audiencia, no había testigos sobrevivientes de los homicidios cometidos en Waltham. En consecuencia, el tribunal no hizo lugar a la prueba ofrecida y el jurado concluyó que correspondía la pena de muerte para seis de los delitos por los cuales se acusaba a Dzhokhar.

El imputado apeló y la Cámara Federal de Apelaciones del Circuito Primero anuló la condena a pena de muerte a partir de dos fundamentos. En primer lugar, sostuvo que el tribunal de primera instancia había abusado de su potestad discrecional durante el proceso de selección de los integrantes del jurado, porque se había negado a preguntar sobre el tipo y grado de exposición a los medios de comunicación de cada candidato, según lo exige la decisión de la misma cámara en el precedente *Patriarca v. United States*, 402 F. 2d 314. En segundo lugar, consideró que el tribunal de primera instancia había abusado de su facultad discrecional en el dictado de su sentencia, ya que había excluido la evidencia sobre la posible participación de Tamerlan en los homicidios cometidos en Waltham.

El Estado interpuso un *writ of certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y solicitó la revisión de la decisión de la cámara.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones del Circuito Primero, ya que consideró que había anulado incorrectamente la condena a pena de muerte de Dzhokhar Tsarnaev.

1. La Corte Suprema consideró que el tribunal de primera instancia no había abusado de su poder discrecional al negarse a indagar acerca del contenido y el alcance de

la exposición a la cobertura de los atentados en los medios de comunicación que habían tenido los candidatos al jurado. El proceso de selección recae “particularmente dentro de la órbita del juez de primer grado” (ver *Skilling v. United States*, 561 U. S. 358, 386), cuya amplia discrecionalidad en esta área incluye decidir qué preguntas hacer a los potenciales miembros del jurado (ver *Mu’Min v. Virginia*, 500 U. S. 415, 427). En esta causa, el tribunal no había abusado de esa potestad cuando se había negado a realizar la pregunta en cuestión, porque erradamente se enfocaba en lo que cada miembro del jurado sabía antes de llegar al proceso, en lugar de enfatizar en una posible parcialidad. Por lo tanto, la Corte Suprema entendió que esa decisión del tribunal de primera instancia había sido razonable y se ubicaba dentro de la facultad discrecional del tribunal.

Las demás etapas del proceso de selección del jurado en este caso disipan todo vestigio de duda. El tribunal de primera instancia utilizó el formulario para jurados que contenía cien interrogantes, en el que se les preguntó qué fuentes de medios de comunicación seguían y si parte de esa información les había hecho formar una opinión sobre la culpabilidad o la pena de Dzhokhar, a fin de reducir el número de candidatos. Posteriormente, el tribunal sometió a los posibles integrantes del jurado a tres semanas de procedimiento *voir dire* individualizado, que incluía preguntas que demostraban el sesgo. Además, les explicó durante el *voir dire*, y también a los miembros finalmente seleccionados para el juicio, que sus decisiones debían basarse en las pruebas presentadas en el proceso y en ninguna otra fuente.

La Corte Suprema señaló que la cámara de apelaciones se había equivocado al considerar que el tribunal de primera instancia había abusado de su poder discrecional por no formular ante el jurado la pregunta propuesta por Dzhokhar sobre el contenido de su exposición a los medios de comunicación. Siguiendo los lineamientos de su decisión en el precedente *Patriarca*, la cámara entendió que tenía “autoridad de supervisión” para requerir al tribunal, como una cuestión de puro derecho, que realizara a los miembros del jurado esa pregunta específica. Sin embargo, la facultad de supervisión de las cámaras federales no se extiende a la creación de reglas protectoras de control que eludan o complementen los estándares legales establecidos en las decisiones de la Corte Suprema (ver *United States v. Payner*, 447 U. S. 727, 733–737).

2. La Corte Suprema consideró que el tribunal de primera instancia tampoco había abusado de su potestad discrecional al no admitir en la etapa de sentencia las pruebas de los homicidios cometidos en Waltham. La Ley Federal de Pena de Muerte establece que, en la etapa de sentencia de un proceso a pena de muerte, “se puede presentar información sobre cualquier asunto relevante a la pena, incluidos factores atenuantes o agravantes” (ver 18 U. S. C. §3593.c). Pero el tribunal puede no tener en cuenta cierta información “si su valor probatorio se ve superado por el peligro de crear prejuicios injustos, confundir las cuestiones que se debaten o inducir a error al jurado”. Tales decisiones probatorias son revisadas a fin de verificar si existió un abuso del poder discrecional (ver *United States v. Abel*, 469 U. S. 45, 54). En el caso bajo análisis, el acusado Dzhokhar intentó agregar pruebas que vincularan a Tamerlan con los homicidios sin resolver ocurridos en Waltham para fundar su argumento atenuante de que su hermano había sido el artífice del ataque. Esa evidencia, sin embargo, no permitió al jurado confirmar o evaluar el supuesto rol de Tamerlan en los crímenes de Waltham.

El tribunal de primera instancia no abusó de su discrecionalidad cuando excluyó razonablemente la información por su falta de valor probatorio y su potencial para confundir al jurado. Los argumentos contrarios de Dzhokhar no resultaron convincentes. Primero, el art. 3593.c no vulnera la Octava Enmienda. Esa disposición se ajusta perfectamente a la “autoridad tradicional” del Estado Federal “para decidir que cierta clase de pruebas puede tener un valor probatorio insuficiente para justificar su admisión” (ver *Skipper v. South Carolina*, 476 U. S. 1, 11, 15. Powell, J., voto concurrente) y “establecer límites razonables sobre los elementos probatorios que un acusado a pena de muerte puede ofrecer y controlar la manera en que se presentan” (ver *Oregon v. Guzek*, 546 U. S. 517, 526). El art. 3593.c establece un régimen altamente permisivo que posibilita a los imputados penalmente presentar un amplio abanico de pruebas que habitualmente son inadmisibles y canales que brindan al acusado a pena de muerte todas las oportunidades razonables para exhibir evidencias atenuantes ante el jurado en la etapa de sentencia. En este caso, la mera inclusión de las pruebas sobre los homicidios de Waltham podía generar una confusión en el proceso donde los únicos testigos que conocían la verdad no estaban con vida. El hecho de que la evidencia no admitida por el tribunal de primera instancia haya sido considerada lo suficientemente confiable como para incluirla en una orden de allanamiento no era relevante, ya que el tribunal había tenido libertad para analizar la información de manera independiente al decidir si la aceptaba de conformidad con el art. 3593.c.

Por otra parte, hubo un voto en disidencia (al que adhirieron en parte dos jueces), que reconoció que el tribunal de primera instancia gozaba de gran discrecionalidad al tomar sus decisiones en relación con las pruebas. Debido a que este caso trata sobre una pena de muerte, la disidencia examinó esas decisiones con especial cuidado con el objetivo de verificar si el tribunal había abusado de su discrecionalidad. De este modo, sin embargo, la disidencia soslayó el estándar tradicional de abuso de poder discrecional que exige que un tribunal de alzada se remita al buen juicio de un tribunal de primera instancia a menos que la decisión sea “manifiestamente arbitraria” (ver *General Elec. Co. v. Joiner*, 522 U. S. 136, 142). Más precisamente, la disidencia entendió que un tribunal de primera instancia que lleva adelante procesos de pena de muerte debería ser más precavido a la hora de determinar que la evidencia puede confundir al jurado. No obstante, según la opinión mayoritaria, nada en el art. 3593.c indica que el legislador hubiera previsto tal precaución. Por lo tanto, el tribunal de primera instancia decidió razonablemente cuando rechazó la prueba de conformidad con el escrutinio imparcial dispuesto en el art. 3593.c.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States v. Tsarnaev*, sentencia del 4-3-22, en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-443_new_2d8f.pdf.



Derecho penal. Posesión de drogas para consumo personal Reincidencia. Cálculo de la pena. Proporcionalidad. (Brasil).

Antecedentes del caso: el accionante fue condenado por tráfico de drogas (art. 33 de la Ley 11343/2006, conocida como ley de drogas) a seis años y nueve meses de prisión, en régimen cerrado. En el cálculo de la pena, el tribunal consideró que una condena previa por posesión de drogas para uso personal implicaba reincidencia, y su pena base fue aumentada en una sexta parte.

En las apelaciones del accionante, este criterio para el cálculo de la pena fue confirmado tanto por el Tribunal de Justicia de San Pablo como el Superior Tribunal de Justicia.

El accionante presentó un recurso ordinario de *habeas corpus* ante el Tribunal Supremo Federal. Solicitó que se recalculara la pena y se modificara el régimen penitenciario de detención para pasar a uno más benigno.

Sentencia: la Sala Segunda del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, resolvió que una condena por consumo de drogas no generaba reincidencia. De esta forma, confirmó la decisión del ministro Edson Fachin, que había ordenado al Tribunal de Justicia de San Pablo rehacer el cálculo de la pena impuesta al accionante, sin considerar la reincidencia de condena previa por tenencia de drogas para uso personal. El tribunal consideró que, si la Ley 11343/2006 no establecía la privación de la libertad por este delito, previsto en el art. 28, no era razonable que la condena anterior incidiera negativamente en el cálculo de la pena de una nueva sentencia.

El relator del caso, el ministro Fachin, recordó que no estaba prevista una pena privativa de libertad para el delito de tenencia de drogas para uso personal y advirtió que, por lo tanto, sería desproporcionado alegar reincidencia para aumentar la nueva pena. En este sentido, agregó que, en este caso, tampoco correspondía quitarle el beneficio de reducción de la pena por tráfico de drogas al imputado, siempre que cumpliera ciertos requisitos: haber cometido el delito por primera vez, no tener antecedentes y no integrar una organización criminal.

El ministro Fachin observó que el delito de posesión para uso personal implicaba únicamente una advertencia sobre los efectos de las drogas, la prestación de servicios a la comunidad y la obligación de asistir a un programa educativo. Señaló que, si el legislador había excluido la pena privativa de libertad del art. 28 de la ley, no había motivo para que una condena previa influyera en la nueva pena.

Además, mencionó que la constitucionalidad del art. 28 de la Ley 11343/2006 estaba simultáneamente bajo análisis del Tribunal Supremo Federal en el Recurso Extraordinario 635659.

Los ministros Gilmar Mendes y Ricardo Lewandowski votaron junto con el relator y acompañaron sus argumentos.

En cambio, los ministros Nunes Marques y André Mendonça votaron en contra. Sostuvieron que la posesión de drogas para uso personal seguía siendo un

delito, a pesar de que la ley no previera una pena privativa de libertad. Por lo tanto, concluyeron que una condena previa por tenencia de drogas para uso personal podía considerarse reincidencia e impactar en la estimación de la nueva pena.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *RHC 178512*, sentencia del 22-3-2022, en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483889&ori=1>.



Derecho penal. Publicaciones antisemitas en las redes sociales. Grupo virtual nazifascista. Delito de propaganda e incitación a la discriminación racial, étnica y religiosa. Pruebas de su subsistencia. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Roma confirmó la ordenanza del juez de primera instancia que había dictado, contra G. R., una medida cautelar de obligación de presentación y firma ante la policía judicial por el delito previsto en los arts. 604-bis.2, 604-bis y 604-ter (con exclusión de su agravante) del Código Penal. En efecto, los hallazgos de la investigación constituían, por su gravedad, pruebas suficientes de la subsistencia del delito de propaganda e incitación a la discriminación racial, étnica y religiosa imputables a G.R.

El seguimiento de las interacciones en Facebook, VKontakte y Whatsapp no solo había revelado la creación en internet de una comunidad virtual caracterizada por una ideología neonazi de extrema derecha, uno de cuyos fines era la propaganda y la incitación a la discriminación por motivos raciales, étnicos y religiosos, sino también la comisión de múltiples delitos de propaganda de ideas basadas en el antisemitismo, el negacionismo de la Shoah, la afirmación de la superioridad de la raza blanca y la incitación a la violencia por esos motivos. A partir de la investigación y de algunas conversaciones telefónicas, surgió que G. R. se había unido al grupo, se había encontrado personalmente con algunos de sus principales miembros y, en repetidas ocasiones, se había puesto en contacto, desde cuentas propias, con las plataformas de redes sociales de la comunidad virtual, colocado “me gusta” y compartido publicaciones y comentarios relacionados con contenido negacionista y antisemita.

G. R. recurrió ante la Corte de Casación de Italia y articuló su recurso de acuerdo con dos motivos. En el primer motivo, alegó una infracción de la ley en relación con el art. 604-bis del Código Penal y falta de motivación en relación con la existencia del delito. Adujo que se habían evaluado los encuentros entre los presuntos adherentes a la organización desde un punto de vista acusatorio (pese a que eran totalmente irrelevantes a la luz del tipo de delitos imputados, que sancionan únicamente la propaganda de ideas *online* y la difusión de mensajes), así como la inserción de los “me gusta” que constituían, a lo sumo, una expresión de aprobación y no demostraban en absoluto la pertenencia al grupo ni que compartiera sus

fines ilícitos. En efecto, argumentó que ningún mensaje era capaz de influir en el comportamiento o en la psicología de un público amplio ni de recabar apoyo en los términos exigidos por la jurisprudencia, que considera necesario, para la integración del delito, el peligro concreto de un comportamiento discriminatorio.

En el segundo motivo, G. R. alegó una infracción de la ley y una falta de motivación en relación con el supuesto peligro de reincidencia y con la adecuación de la medida cautelar aplicada.

Sentencia: la Corte de Casación de Italia declaró inadmisibile el recurso interpuesto y condenó al recurrente al pago de las costas procesales y de la suma de €3000 a favor del fondo de multas.

La Corte de Casación sostuvo que el Tribunal de Roma había deducido lógicamente que G. R. pertenecía a la comunidad virtual, no solo por sus reiterados encuentros con otros usuarios, sino también por sus múltiples manifestaciones de apoyo y por compartir mensajes en los muros de Facebook, VKontakte y en Whatsapp con un claro contenido negacionista, antisemita y discriminatorio por motivos de raza (la identificación de los judíos como “el verdadero enemigo”, la referencia a la Shoah como “la mentira más atroz que han podido inculcar” o la burla a las víctimas de los campos de exterminio). Asimismo, a efectos tanto de la configuración de la conducta propagandística como de la identificación de la incitación al odio como finalidad ilícita perseguida por el grupo, el Tribunal de Roma había considerado que existía un peligro real de que los mensajes se difundieran entre un número indeterminado de personas, debido a la pluralidad de redes sociales utilizadas y al funcionamiento de una de ellas, Facebook, basada en un algoritmo que da importancia a las formas de aprobación, los “me gusta”, expresadas por el recurrente. En este último sentido, los jueces habían precisado que la difusión de los mensajes publicados en el muro de Facebook, potencialmente capaces de llegar a un número indeterminado de personas, dependía de la mayor interacción con las páginas en cuestión por parte de los usuarios. La actualización continua de las noticias y actividades desarrolladas por los contactos de cada usuario individual está, de hecho, condicionada por el mayor número de interacciones que recibe cada mensaje. Estas interacciones hacen que el mensaje sea visible para un mayor número de usuarios que, a su vez, tienen la posibilidad de volver a publicar el contenido. Por eso, el algoritmo elegido por la red social para regular este sistema asigna un mayor valor a las publicaciones que reciben más comentarios o son marcadas con un “me gusta”.

Finalmente, las conversaciones telefónicas también habían revelado que G. R. era miembro de la comunidad virtual. En efecto, no solo había recibido consejos para evitar la obtención de pruebas comprometedoras en su contra en una conversación con Bo.Gi. (quien había sido objeto de registros e incautación), y lo había instado a adoptar medidas de precaución específicas para evitar ser descubierto —como borrar chats, agenda de direcciones y otras acciones en su teléfono celular—, sino que también había sido destinatario de comentarios específicos de otro miembro, que había expresado su satisfacción personal por la adhesión de G. R. al grupo.

La Corte de Casación sostuvo que el peligro de reiteración de las conductas delictivas había sido inferido a partir de elementos concretos y actuales, específicamente indicados, vale decir, del momento reciente en que se habían cometido los delitos y de la personalidad de G. R., quien no había mostrado, en las conversaciones interceptadas, ninguna forma de reconsideración crítica, ni siquiera después de saber que en 2019 se habían realizado registros de otros sospechosos. Por el contrario, siguió relacionándose, aunque con mayor cautela, con el movimiento.

Nota de la Oficina de Referencia Extranjera: el art. 604-bis del Código Penal italiano establece: “Salvo que el hecho constituya una infracción más grave, se sancionará: (a) con una pena de prisión de hasta un año y seis meses o con una multa de hasta 6000 euros a quien propague ideas basadas en la superioridad o el odio racial o étnico, o incite a cometer o cometa actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos; (b) con pena de prisión de seis meses a cuatro años a quien, de cualquier modo, incite a cometer o cometa actos de violencia o de provocación a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Queda prohibida toda organización, asociación, movimiento o grupo cuyos objetivos incluyan la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Quien participe en esas organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos, o colabore en sus actividades, será castigado, por el solo hecho de dicha participación o colaboración, con pena de prisión de seis meses a cuatro años. Los que promuevan o dirijan tales organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos serán castigados, por ese solo hecho, con pena de prisión de uno a seis años. La pena será de dos a seis años de prisión si la propaganda o la incitación, cometidas de manera que den lugar a un peligro real de difusión, se basan total o parcialmente en la negación, la trivialización flagrante o la condonación de la Shoah o de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional”.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n.º 4534, del 9-2-2022, en https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7Ba2da1a3e-94fc-4e34-96e5-88cea04e4b4d%7D_cassazione-penale-sentenza-4534-2022.pdf?_ga=2.169445729.1383892907.1645449007-971688383.1559049468&_gl=1%2A1c09ri6%2A_ga%2AOTcxNjg4MzgzLjE1NTkwNDk0Njg.%2A_ga_B95LYZ7CD4%2AMTY0NTQ0OTAwNi41LjAuMTY0NTQ0OTAwNi4w.



Derechos políticos. Derecho a elegir y ser elegido. Derecho a participar en asuntos de interés público. Derecho a votar. Igualdad y no discriminación. Participación de estudiantes en el marco de elecciones de máximas autoridades universitarias. (Ecuador).

Antecedentes del caso: Karen Michelle Álvarez presentó una acción de inconstitucionalidad contra una parte del art. 55 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que indica: “La elección de Rector o Rectora y Vicerrector o Vicerrectora

de las universidades y escuelas politécnicas públicas se hará por votación universal, directa, secreta y obligatoria de los profesores o las profesoras e investigadores o investigadoras titulares, de los y las estudiantes regulares legalmente matriculados a partir del segundo año de su carrera, y de las y los servidores y trabajadores titulares, de conformidad con esta ley”. Argumentó que la restricción para que únicamente los estudiantes universitarios de segundo año en adelante pudieran votar en las elecciones de rector y vicerrector discriminaba a los estudiantes matriculados en primer año y limitaba de forma inconstitucional sus derechos de elegir y de participar en asuntos de interés público. Por ello, alegó que la norma transgredía los derechos de participación y de elegir y ser elegido (61, numeral 1, CRE), de participar en asuntos de interés público (61, numeral 2, CRE), el derecho al voto (62 CRE) y a la igualdad y no discriminación (arts. 11, numeral 2, y 66, numeral 4, CRE).

La Asamblea Nacional y la Presidencia de la República contestaron la demanda.

Sentencia: la Corte Constitucional de Ecuador desestimó la acción de inconstitucionalidad.

La Corte analizó la presunta incompatibilidad de la norma cuestionada con los principios de igualdad y no discriminación. Recordó que ningún derecho es absoluto y, por lo tanto, no todo trato diferenciado es inconstitucional. De este modo, no está prohibido que el legislador establezca diferencias entre sujetos, siempre que la medida esté debidamente justificada y sea razonable. Resaltó que el nivel de escrutinio respecto de un trato diferenciado debe ser mayor cuando se trata de una categoría sospechosa de discriminación en la que se presume la inconstitucionalidad del trato. En cambio, cuando la distinción no se basa en una categoría sospechosa, el escrutinio sobre la presunta distinción inconstitucional es uno de mera razonabilidad. Señaló que este caso se refería solo al número de semestres cursados en la universidad, por lo que se requería un análisis de mera razonabilidad.

A fin de determinar si se había configurado un trato desigual, analizó la concurrencia de tres elementos: la comparabilidad, la constatación de un trato diferente y la verificación de un resultado por trato diferenciado. También evaluó la existencia de un fin legítimo.

Tras un análisis de razonabilidad, determinó que, si bien la norma impugnada permitía que únicamente los estudiantes matriculados a partir del segundo año de una carrera ejercieran su derecho al voto, eso buscaba precautelar que los estudiantes, al momento de elegir las primeras autoridades universitarias, lo hicieran con suficiente información, responsabilidad y una vez incorporados de forma estable a la institución educativa. Por lo tanto, descartó que la norma cuestionada fuera contraria al derecho a la igualdad y no discriminación.

Sobre la idoneidad de la medida, estableció que resultaba adecuada para lograr que las elecciones de las primeras autoridades universitarias tuvieran electores hábiles para discernir, de forma libre, informada y responsable, las mejores opciones en beneficio de la institución, dado que otorgaba a los estudiantes un tiempo para que se afianzaran en la comunidad universitaria —que estén de forma estable en la institución, que conozcan a las autoridades y el funcionamiento administrativo y académico de

la universidad y las posibles necesidades de los estudiantes y otros integrantes de la comunidad y que proyecten cuáles serían las mejores políticas internas—.

Respecto de los derechos de participación y a elegir, según la Corte, la limitación que presenta la norma para ejercer estos derechos es temporal y está definida y limitada únicamente al primer año, por lo que no impide indefinidamente su participación durante su paso por la universidad. La Corte estableció que la medida respetaba los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Por lo expuesto, concluyó que la limitación impuesta era razonable y, por lo tanto, no afectaba los derechos a elegir y ser elegido.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, acción de inconstitucionalidad interpuesta por Karen Michelle Álvarez contra el art. 55 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), sentencia 14-21-IN/21, del 24-11-2021, en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUuLCB1dWlkOic5M-DA1ZjUzNC1kY2FiLTRjM2MtOTVIMi03MTRINDY0N2ViYmMucGRmJ30.



Derecho procesal penal. Defensoría Pública. Facultad procesal de requerir documentos e informaciones a los organismos públicos. Asistencia jurídica. Acceso a la Justicia. Principio de igualdad. Principio de inexorabilidad de la jurisdicción. Derecho a la protección de datos personales. (Brasil).

Antecedentes del caso: el procurador general de la República, Augusto Aras, interpuso, ante el Tribunal Supremo Federal, una acción directa de inconstitucionalidad para cuestionar ciertas disposiciones de la Ley Complementaria 80/1994. Esa norma (que organiza las defensorías públicas de la Unión, el Distrito Federal y los territorios federales y dicta reglas generales para su organización en los estados) otorgó a los defensores públicos la facultad de solicitar certificados, exámenes, peritajes, inspecciones, diligencias, procesos, documentos, informaciones y aclaraciones a autoridades y agentes de organismos públicos. El procurador observó que los abogados privados carecían de esa potestad y alegó que, por lo tanto, la ley afectaba el principio de igualdad.

Además, argumentó que esta prerrogativa sustraía ciertos actos del control judicial, lo que resultaría contrario al principio de inexorabilidad de la jurisdicción. Agregó también que la norma cuestionada desequilibraba la relación procesal, especialmente en cuanto a la producción de la prueba, pues otorgaba facultades excesivas a una sola de las partes y perjudicaba a la otra.

Por su parte, el Senado federal se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma, ya que alegó que la atribución concedida a la Defensoría Pública era

compatible con la función específica y diferenciada de la institución. Destacó que los defensores tutelaban intereses que iban más allá de los intereses de las partes en el proceso y que el legislador debía asegurar los medios para que pudieran llevar a cabo su tarea.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo de la República se manifestó por la procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Observó que el Tribunal Supremo Federal ya había declarado que la facultad de requerimiento de información de los defensores públicos del estado de Río de Janeiro era inconstitucional. Aseguró que la legislación específica le confería los instrumentos necesarios a la Defensoría Pública para desempeñar adecuadamente sus funciones.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría de diez votos contra uno, ratificó la norma cuestionada y reconoció la constitucionalidad de la facultad de los defensores públicos de solicitar documentos e informaciones a los organismos públicos. Entendió que la Defensoría Pública cumplía un rol esencial en el sistema judicial y la democracia, especialmente en la acción colectiva y de control. El voto del relator, el ministro Edson Fachin, prevaleció para desestimar la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por el procurador general. Fachin señaló que esta ley funcionaba como un instrumento de acceso a la Justicia, ya que facilita la prestación de una asistencia jurídica integral y eficaz.

Del mismo modo, el relator sostuvo que la Defensoría Pública no podía equipararse con la abogacía, pública o privada, y subrayó que las funciones del defensor público y del abogado no debían confundirse, aunque en determinadas situaciones fueran similares. En este sentido, Fachin destacó que la labor de la Defensoría Pública estaba más cerca del diseño institucional atribuido al propio Ministerio Público.

Por otro lado, Fachin observó que tampoco era lo mismo el defensor público que el abogado dativo (designado por el juez para actuar en la defensa de personas de escasos recursos cuando no hay un miembro de la Defensoría Pública en el distrito). Además, agregó que la actuación del defensor público estaba sujeta a lo dispuesto en el art. 134 de la Constitución Federal y no se guiaba exclusivamente por el interés personal de la persona asistida, como ocurría en el caso del abogado.

El relator también consideró que la misión institucional de la Defensoría Pública, promover un amplio acceso a la Justicia y la reducción de las desigualdades, implicaba otra diferencia con la abogacía, en oposición a lo planteado por el procurador general. Así, Fachin señaló que la Enmienda Constitucional 80/2014 asignaba a la Defensoría Pública el deber de tutelar los derechos humanos y proteger los derechos colectivos, lo que significaba abandonar el enfoque anterior, restringido a la mera asistencia jurídica gratuita.

Así, según Fachin, el derecho fundamental a la asistencia jurídica integral y gratuita se convertía en una verdadera garantía constitucional y la Defensoría Pública en una institución permanente y esencial de la función jurisdiccional del Estado. En este punto, resaltó que era un órgano independiente de la administración de justicia y que, por eso, contaba con autonomía administrativa, financiera y presupuestaria.

De esta manera, Fachin afirmó que reconocer a la Defensoría Pública como un derecho que corroboraba el ejercicio de los derechos era reconocer su importancia para un sistema constitucional democrático en el que todas las personas, especialmente las marginadas y vulnerables, pudieran gozar del repertorio de derechos y libertades previstos en la Constitución Federal.

Entre los votos de la mayoría, el ministro Nunes Marques destacó el papel relevante de la Defensoría Pública en la protección de los derechos y garantías individuales previstos en la Constitución Federal. Además, señaló que el objetivo de esta institución era perfeccionar los mecanismos de acceso a la Justicia. En relación con esto, el ministro aclaró que la facultad de requerir información y documentación tenía que ser ejercida con prudencia para evitar cualquier exceso o abuso y que, si ocurrieran, deberían poder ser sancionados a través de la ley. También precisó que, en este contexto, era necesario garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, inclusive en medios digitales.

Del mismo modo, el ministro Alexandre de Moraes observó que la facultad de requerir información y documentación de la Defensoría Pública no estaba expresamente prevista en la Constitución. Sin embargo, sostuvo que esa posibilidad no resultaba vedada por el texto constitucional, siempre que se respetaran parámetros de razonabilidad, proporción y adecuación, junto con los derechos y garantías individuales y colectivos de terceros eventualmente afectados.

El ministro también afirmó que no había habido una violación del principio de igualdad, de inexorabilidad de la jurisdicción o de debido proceso legal. Además, precisó que los objetos comprendidos en la facultad de requerimiento, como certificados, exámenes, peritajes, inspecciones, diligencias, procesos, documentos y aclaraciones, no incluían el tipo de informaciones que dependían de una autorización judicial, como las protegidas por el secreto profesional.

Por su parte, el ministro Gilmar Mendes opinó que la actuación de un defensor público y de un abogado particular era, evidentemente, diferente. De cualquier manera, manifestó que ambos se encontraban a un mismo nivel en la relación procesal, para que no hubiera desequilibrios ni ventajas para ninguna de las partes. Sin embargo, indicó que la prerrogativa legal de que la Defensoría Pública pudiera requerir información y documentación no interfería en este necesario equilibrio procesal.

La ministra Carmen Lúcia representó el único voto en disidencia, ya que se pronunció a favor de la procedencia parcial de la acción. Argumentó que la prerrogativa de la norma cuestionada solo debería poder ser utilizada por los defensores públicos en juicios colectivos, pero no en juicios individuales.

Sostuvo que la modificación de las funciones de la Defensoría Pública promovida por la Enmienda Constitucional 80/2014 no alteraba la decisión del Tribunal Supremo Federal en ADI 230. Lúcia recordó que, en esa sentencia, el tribunal se había pronunciado sobre la actuación de la Defensoría Pública en procesos individuales. En esos casos, la conclusión fue que la facultad de solicitar documentos e informaciones a los organismos públicos implicaba una diferenciación inconstitucional entre los defensores públicos y los demás abogados. Por otro lado,

en cuanto al rol de la Defensoría Pública en procesos colectivos, la ministra observó que la facultad de requerimiento era compatible con la Constitución. En esos casos, consideró que la diferenciación entre los defensores públicos y los demás abogados era razonable y objetiva.

La decisión de esta sentencia fue adoptada por el pleno del Tribunal Supremo Federal también en relación con varias leyes estatales que preveían la misma facultad a los defensores públicos.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 6852*, sentencia del 18-2-2022, en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=482093&ori=1>; <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467054&ori=1>.



Derecho procesal penal. Prisión preventiva. Revisión. Plazo. Revocación automática. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Asociación de Magistrados Brasileños presentó una acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil para impugnar una disposición del Código Procesal Penal (CPP). El art. 316, párrafo único, del código mencionado establece que la revisión de una medida de prisión preventiva debe realizarse cada 90 días. Si no se lleva a cabo, la interpretación predominante es que la prisión preventiva se revoca automáticamente. La entidad accionante solicitó que el tribunal limitara la aplicación de la disposición al juez que hubiera decretado la prisión preventiva hasta que se dictara la sentencia, cuando termina su actuación en el proceso, y que rechazara la posibilidad de la revocación automática solo por el transcurso del plazo de 90 días.

Según la accionante, el artículo objetado ofrece al recluso el derecho de volver a examinar la medida de prisión preventiva, pero no garantiza la libertad automática por falta de revisión una vez finalizado el plazo. La asociación sostuvo que la mayoría de los tribunales consideraban que este plazo no era obligatorio y debía interpretarse de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La accionante señaló que el párrafo único del art. 316 del CPP establecía una obligación para el juez que había decretado la prisión preventiva. Sin embargo, argumentó que, luego de dictada la sentencia, la competencia del juez penal se trasladaba al juez de ejecución penal si la condena quedaba firme o al tribunal de segunda instancia si hubiera un recurso. En consecuencia, afirmó que la norma no habilitaba la interpretación de que el juez que había decretado la prisión preventiva estaría, hasta el final del proceso, obligado a revisar la medida cada 90 días, ya que no tendría la competencia legal y funcional para hacerlo.

Por su parte, el Partido Brasileño del Trabajo también presentó una acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal para cuestionar la misma disposición del CPP.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por mayoría, resolvió que la ausencia de revisión de la prisión preventiva en el plazo de 90 días no implicaba la revocación automática de la decisión. Entendió que el examen de este tipo de medida debía ser realizado por el tribunal competente y no era procedente después de la condena en segunda instancia.

Destacó que el tribunal competente siempre debía revisar la legalidad, razonabilidad y oportunidad de los motivos de la medida de prisión preventiva. La decisión del Tribunal Supremo Federal estableció la interpretación, de acuerdo con la Constitución, del art. 316, párrafo único, del CPP con la redacción dada por el “paquete anticrimen” (Ley 13964/2019).

En este caso, el Tribunal Supremo Federal aplicó el precedente establecido en una sentencia de suspensión de amparo (SL 1395), que resolvió que la norma cuestionada no fijaba un plazo máximo para la prisión preventiva, sino un deber general y periódico para el magistrado de evaluar las razones de su decisión.

El ministro Alexandre de Moraes pronunció el voto principal que sería seguido por la mayoría. Observó que la introducción de la disposición objetada había sido motivada por la existencia de más de un 31 % de presos provisionales en el sistema penitenciario brasileño, un número excesivo en comparación con otros países. Por esa razón, el ministro consideró indispensable realizar un análisis frecuente de las prisiones preventivas, lo que, sin embargo, no significaba otorgar a los presos el derecho a la libertad automática.

Además, De Moraes señaló que la disposición debía aplicarse hasta el final del proceso de conocimiento, cuando terminaba el análisis de hechos y pruebas por parte del tribunal de segundo grado, pero no se aplicaba a las prisiones preventivas resultantes de la sentencia condenatoria de segunda instancia todavía sin fuerza de cosa juzgada. También indicó que la disposición tenía que aplicarse a procesos contra autoridades con prerrogativas jurisdiccionales.

El ministro explicó que la revisión periódica de la necesidad y la adecuación de la prisión preventiva, en el segundo grado de jurisdicción, debía estar a cargo del magistrado relator del caso, que contaba con la atribución y la competencia para analizar tanto sus propias decisiones como las de primera instancia.

Una vez finalizado el juicio de segunda instancia, en el caso de que se mantenga la prisión preventiva, la regla no se aplica más. El ministro sostuvo que, si el tribunal ya había dictado sentencia en la última instancia en la que se admite el conocimiento pleno (segundo grado de jurisdicción), era evidente que, hasta la sentencia definitiva con fuerza de cosa juzgada, subsistirán los requisitos para la restricción de la libertad. Sin embargo, el Superior Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo Federal siempre podrán analizar, a través del recurso de *habeas corpus*, la legalidad de la prisión preventiva o de la propia condena.

La posición de Alexandre de Moraes fue acompañada por una mayoría formada por los ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, André Mendonça, Luiz Fux y Nunes Marques. Frente a estos siete votos, la minoría opuso cuatro, a través de los pronunciamientos de Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes y Ricardo Lewandowski.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *ADI 6581 y 6582*, sentencia del 8-3-2022, en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483244&ori=1>; <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453330&ori=1>.



Derecho tributario. Derecho a la inmunidad fiscal. Organizaciones religiosas. Laicidad de las entidades asistenciales. Trato discriminatorio. (Brasil).

Antecedentes del caso: la Asociación Torre de Vigía de Biblias y Tratados presentó, ante el Tribunal Supremo Federal, un recurso extraordinario contra una sentencia del Tribunal Regional Federal de la 3.^a Región. Este tribunal consideró inaplicable la inmunidad fiscal relativa al impuesto de importación y al impuesto sobre productos industrializados en papel especial para la impresión de biblias, entre otros bienes, ya que las actividades institucionales de la asociación no serían estrictamente de asistencia social. En este sentido, el tribunal sostuvo que la asociación no cumplía con los requisitos de generalidad y universalidad de la prestación asistencial.

En su presentación ante el Tribunal Supremo Federal, la asociación afirmó ser una entidad caritativa de asistencia social, debidamente acreditada por los órganos competentes y con carácter filantrópico reconocido en documentos públicos.

Sentencia: el pleno del Tribunal Supremo Federal de Brasil, por unanimidad, concedió el recurso extraordinario y reconoció la inmunidad fiscal de la asociación. Sostuvo que las entidades religiosas que brindan asistencia social podían tener inmunidad fiscal en relación con los impuestos sobre patrimonio, rentas y resultados de servicios y también con los impuestos sobre la importación de bienes para actividades institucionales. Señaló que la filantropía ejercida con base en preceptos religiosos no desvirtuaba el carácter asistencial de las entidades, a los efectos del derecho a la inmunidad fiscal previsto en el art. 150 de la Constitución Federal.

El Tribunal Supremo Federal analizó diferentes cuestiones de fondo. Por un lado, tuvo que determinar si el ejercicio de las actividades docentes y benéficas era compatible con la idea constitucional de asistencia social o si las entidades asistenciales debían ser siempre laicas para ser merecedoras del derecho a la inmunidad fiscal. Por otro lado, debió establecer si esta inmunidad incluía el impuesto a la importación, ya que ese impuesto no se calculaba estrictamente sobre patrimonio, rentas o resultados de servicios.

El tribunal acompañó por unanimidad el voto del relator del caso, Luís Roberto Barroso, en el sentido de que las acciones asistenciales realizadas por entidades religiosas eran compatibles con el modelo constitucional brasileño de asistencia social. El ministro explicó que el carácter universal de las actividades asistenciales —brindadas a todos los que las necesitaran, independientemente del pago de contribuciones, y con el objetivo de la protección de la familia, la maternidad y la infancia— solo lo exigía el Estado. La universalidad esperada de las entidades privadas es que dirijan sus acciones indistintamente hacia la colectividad, especialmente hacia las personas en situación de vulnerabilidad o riesgo social. Así, no puede haber discriminación entre los asistidos ni coacción para adherirse a los preceptos religiosos a cambio de satisfacer sus necesidades básicas.

Además, el ministro señaló que la inmunidad fiscal no debía restringirse al patrimonio, las rentas y los resultados de servicios, sino que comprendía también otros propósitos paralelos, siempre que los importes obtenidos fueran destinados a la consecución de sus fines sociales.

Esta posición fue reafirmada recientemente en la sentencia *RE 611510*, que estableció que la inmunidad fiscal comprendía el Impuesto sobre Operaciones Financieras (IOF), un tributo que grava las operaciones financieras de los partidos políticos y sus fundaciones, de las entidades gremiales y de las instituciones educativas y de asistencia social sin fines de lucro. El ministro Barroso explicó que el alcance de la inmunidad era determinado por el destino de los recursos devengados por la entidad, y no por el origen o naturaleza de los ingresos.

En este caso concreto, el Tribunal Supremo Federal reconoció la finalidad asistencial de la Asociación Torre de Vigía de Biblias y Tratados, que consistía en la formación y capacitación de las personas con discapacidad y la donación de recursos materiales y pecuniarios a entidades afines.

El ministro Alexandre de Moraes, por su parte, votó a favor de conceder el recurso extraordinario en cuanto a la eliminación de la naturaleza jurídica de la asistencia social de la entidad religiosa, pero no estuvo de acuerdo con admitir la inmunidad fiscal también para los impuestos sobre la importación de bienes. En este punto, el ministro coincidió con la sentencia impugnada del Tribunal Regional Federal de la 3.^a Región.

La tesis de repercusión general adoptada por el Tribunal Supremo Federal fue la siguiente: “Las entidades religiosas pueden caracterizarse como instituciones de asistencia social para gozar de la inmunidad fiscal prevista en el art. 150 de la Constitución Federal, que comprenderá no solo los impuestos sobre su patrimonio, rentas y resultados de servicios, sino también los impuestos sobre la importación de bienes destinados a la consecución de sus objetivos estatutarios”.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL, *RE 630790*, sentencia del 21-3-2022, en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483815&ori=1>.



Derecho tributario. Evasión de impuestos. Prescripción. Retroactividad. (Alemania).

Antecedentes del caso: los esquemas *cum-ex* están diseñados para aprovechar las debilidades de las leyes fiscales de distintos países y evadir impuestos. Se aplican a los pagos o dividendos que las empresas entregan a los accionistas. Son transacciones en las que las acciones son vendidas inmediatamente antes del pago de un dividendo, pero se entregan después.

El art. 73 y los siguientes del Código Penal regulan la confiscación del producto del delito. Según el art. 73.e.1 del Código Penal, el decomiso queda excluido si el crédito acumulado por el hecho de la parte perjudicada expiró. Sin embargo, si el reclamo venció debido al plazo de prescripción, según la versión vigente del art. 73.e.1.2 desde el 29 de diciembre de 2020, entonces todavía se permite la confiscación. De acuerdo con la disposición transitoria del art. 316.j de la Ley Introductoria al Código Penal, el decomiso según el art. 73.e.1.2 del Código Penal también es posible en ciertos casos por delitos cometidos antes del 29 de diciembre de 2020. Se aplica, entre otras cosas, a casos particularmente graves de evasión de impuestos, con base en el art. 370.3.2.1 de la Ley del Proceso Fiscal.

El querellante, en este caso, fue un holding empresarial que controla un banco. Una investigación reveló que el banco se había beneficiado desde 2007 hasta 2011 con operaciones *cum-ex*. Como sociedad controladora, el holding denunciante está vinculado al banco por el contrato de control y transferencia de pérdidas y ganancias, firmado en 2007. Desde el período de evaluación de ese año, la base imponible del banco había sido atribuida al reclamante, que debe pagar los impuestos que se devenguen por sí mismos.

En abril de 2019, los fiscales presentaron cargos contra dos sospechosos de evasión de impuestos por múltiples hechos. Fueron acusados de estar involucrados en varios acuerdos *cum-ex*, cinco de los cuales implicaron transacciones del banco entre 2007 y 2011. En marzo de 2020, el tribunal regional condenó a los dos acusados a penas de prisión por varios hechos de evasión fiscal. Ordenó el decomiso del producto del delito por un importe de 176,5 millones de euros. La cámara penal ratificó la participación del banco en las llamadas transacciones *cum-ex* entre 2007 y 2011 a través de operaciones por cuenta propia.

El recurso interpuesto por el querellante ante el Tribunal Superior Federal fue rechazado. El tribunal sostuvo que los hechos de los ejercicios a partir de 2010 no estarían prescriptos. Señaló que, en los hechos ocurridos hasta el 2009, un posible plazo de prescripción del reclamo no impedía la confiscación de acuerdo con el art. 73.e.1.2 del Código Penal. Además, observó que la disposición transitoria del art. 316.j de la Ley Introductoria al Código Penal no vulneraba la prohibición constitucional de la retroactividad.

El denunciante se quejó ante el Tribunal Constitucional Federal de una violación a la prohibición de agravar retroactivamente e invocó el art. 14.1.2.1, en conjunción con el art. 20.3, de la Constitución.

Sentencia: la Sala 2 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania rechazó el recurso de inconstitucionalidad por el decomiso de 176,5 millones de euros en relación con las maniobras *cum-ex*.

1. El Tribunal Constitucional consideró que el art. 73.e.1.2 del Código Penal reformado por el legislador era constitucional.

Con la reforma de recuperación de activos de 2017, el legislador se pronunció a favor, por un lado, de la coexistencia de pretensiones de decomiso y, por el otro, de las pretensiones del perjudicado. Estas normas difieren en sus requisitos, su alcance y su prescripción. El decomiso, según el art. 73 y ss. del Código Penal, no es accesorio de la pretensión de la parte perjudicada. Los distintos hechos están conectados e interrelacionados solo por el art. 73.e.1.1 del Código Penal, que evita la doble acusación del imputado, como también la compensación para los perjudicados en delitos donde hay bienes confiscados por los tribunales penales.

2. El Tribunal Constitucional entendió que la disposición transitoria del art. 316.j.1 de la Ley Introductoria al Código Penal tampoco violaba la norma constitucional, en especial la prohibición de retroactividad.

Un efecto retroactivo “genuino” es fundamentalmente inadmisibile. No obstante, se reconoce su excepcionalidad en casos imperiosos de interés público que priman sobre el principio de seguridad jurídica. En estos casos, retrocede la protección de la confianza legítima. La prohibición de la retroactividad se fundamenta en el principio de protección de la confianza legítima y de sus límites.

La retroactividad “genuina” que se evalúa en este caso se justifica por el bien común. Con la extensión del efecto del art. 73.e.1.2 del Código Penal, contenida en el art. 316.j.1 de la Ley Introductoria al Código Penal, el legislador persigue la evasión fiscal. De acuerdo con el material legal, el objetivo es desalentar todo tipo de delito. El objetivo legítimo y primordial es desalentar todo tipo de delito. El interés general prevalece sobre el interés de los afectados de conservar los bienes obtenidos a través de delitos fiscales.

La tipificación de una conducta determinada como delictiva es la forma más severa por medio de la cual el legislador se expresa. Toda norma penal contiene un menoscabo ético-social, que permite a la autoridad estatal su sanción. Una vez cometido un ilícito penal, no pierde su carácter ilícito por el hecho de que las ventajas fiscales derivadas de él ya no puedan reclamarse. Ni la prescripción penal ni la prescripción fiscal modifican el carácter ilícito del acto. Dado que el proceso de adquisición no es aprobado por la comunidad estatal-constitucional, los bienes así adquiridos siguen teñidos del estigma del origen delictivo. El deterioro continuo de los bienes como consecuencia de la adquisición ilegal representa el principio general de que los derechos adquiridos deshonestamente no son dignos de protección. En definitiva, en tales casos no solo el infractor no es digno de protección, sino tampoco el tercero enriquecido, en la medida en que no haya hecho sus propios arreglos de buena fe.

Por eso, la Sala 2 del Tribunal Constitucional concluyó que el art. 316.j de la Ley Introductoria al Código Penal tenía un efecto retroactivo que solo era

admisible en casos muy excepcionales debido a preocupaciones imperiosas relativas a la protección del bien común y, además, era compatible con la Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvR 2194/21, sentencia del 29-4-2022, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rk20220407_2bvr219421.html.



Derechos de las personas migrantes. Ingreso ilegal a Italia. Principio de proporcionalidad de la sanción penal. Texto sobre disposiciones relativas a la inmigración y al estatuto del extranjero. Agravación de la pena. Inconstitucionalidad. (Italia).

Antecedentes del caso: el Tribunal de Bolonia planteó la inconstitucionalidad del art. 12.3.d) del Decreto Legislativo n.º 286/1998 (texto refundido sobre disposiciones relativas a la inmigración y al estatuto del extranjero), exclusivamente en relación con sus términos “o utilizando servicios de transporte internacional o documentos falsificados, alterados o, en cualquier caso, obtenidos ilegalmente”. En la medida en que el artículo prevé un agravamiento de la pena (prisión de cinco a quince años) en comparación con su hipótesis simple (prisión de uno a cinco años), sería contrario al principio de igualdad y razonabilidad establecido en el art. 3 de la Constitución así como al principio de proporcionalidad de la sanción penal derivado de las disposiciones combinadas de los arts. 3 y 27.3 de la Constitución.

Sentencia: la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del art. 12.3.d) del Decreto Legislativo n.º 286/1998, exclusivamente en relación con sus términos “o utilizando servicios internacionales de transporte o bien documentos falsificados o alterados o, en cualquier caso, obtenidos ilegalmente”.

La Corte Constitucional sostuvo que, a partir de la aprobación de la Ley n.º 39/1990 —Ley Martelli—, la normativa sobre la lucha contra la inmigración clandestina fue diferenciando progresivamente, cada vez con mayor claridad, la forma de sancionar dos clases distintas de conductas. Por un lado, está la ayuda a la entrada ilegal de extranjeros particulares en el territorio del Estado con fines altruistas en sentido amplio; y, por otro lado, está la actividad realizada con fines de lucro por grupos delictivos organizados en relación con un número más o menos amplio de migrantes, transportados ilegalmente en el territorio del Estado. La mayor severidad de las penas previstas para la segunda clase de conductas refleja, según la Corte Constitucional, la evidente distinción, desde el punto de vista penal, entre dos fenómenos radicalmente distintos.

La Corte Constitucional recordó que, en su sentencia n.º 331/2011, había declarado inconstitucional la presunción de idoneidad de la prisión preventiva

para todas las hipótesis del art. 12 del decreto. En ese antecedente, observó que las infracciones penales a las que se refiere la presunción en cuestión podía adoptar las connotaciones más dispares: desde el hecho atribuible a una asociación internacional, rígidamente estructurada y dotada de considerables recursos, que especula con las necesidades de los migrantes sin ningún escrúpulo en exponerlos al peligro de perder la vida, al delito cometido por individuos o grupos que actúan por los más variados motivos, incluso por solidaridad con los migrantes. Así, la ley prevé que el objetivo de lucro es una circunstancia agravante.

La Corte Constitucional recalcó que fuentes supranacionales vinculantes para Italia también hacían una diferenciación entre los dos tipos criminológicos. Mencionó que el Protocolo de Palermo, por ejemplo, solo se enfocaba en el fenómeno del tráfico internacional de migrantes gestionado por grandes organizaciones criminales que obtienen enormes beneficios de esta actividad, mientras que el Facilitators Package de la Unión Europea estaba orientado a la lucha contra ambos fenómenos (con el objetivo de controlar la inmigración en el espacio Schengen en particular), pero reservaba la obligación de adoptar sanciones severas privativas de la libertad solamente al tráfico internacional de migrantes.

Según la Corte Constitucional, el extranjero cuya entrada ilegal es facilitada aparece como sujeto “beneficiario” de la conducta ilícita, por lo que sus intereses permanecen ajenos al objetivo de la tutela dispuesta por la norma en cuestión, que se centra en el bien jurídico de la gestión ordenada de los flujos migratorios. Por el contrario, en relación con las variadas hipótesis agravadas previstas en los incisos 3, 3bis y 3ter del art. 12. del decreto, el extranjero se convierte, sin lugar a dudas, en titular de los otros bienes jurídicos tutelados y en víctima de la conducta criminal, expuesto tanto al peligro de perder la vida o la incolumidad como a tratos inhumanos y degradantes, con riesgo de ser prostituido o explotado en actividades laborales u obligado a desembolsar grandes sumas de dinero a cambio de ayuda para cruzar las fronteras.

La Corte Constitucional sostuvo que la equiparación, a efectos sancionadores, de las dos conductas en examen —el uso de servicios de transporte internacional y de documentos falsificados, alterados u obtenidos ilegalmente— con otras muchas conductas de tipo penal constituía una opción legislativa irrazonable. En efecto, ninguna de las dos conductas realizadas sin fines de lucro resultaba indicativa de la implicación del agente en una actividad de tráfico internacional de migrantes. Por el contrario, eran compatibles con situaciones en las que el extranjero era ayudado a entrar ilegalmente en Italia con fines muy distintos a los del tráfico internacional.

La Corte Constitucional observó que la aplicación de circunstancias atenuantes era meramente eventual y, en consecuencia, incapaz de remediar el perjuicio constitucional inherente a la imposición de una sanción manifiestamente excesiva en relación con el mínimo.

La Corte Constitucional concluyó que el perjuicio constitucional podía ser remediado mediante la simple eliminación del fragmento impugnado del art. 12.3.d) del decreto. Por efecto de tal eliminación, las acciones de ayuda a la inmigración clandestina que utilicen servicios internacionales de transporte o documentos

falsificados, alterados u obtenidos ilegalmente se encuadrarían naturalmente dentro de la previsión normativa del inciso 1 y quedarían sujetas a las sanciones previstas en esa disposición, salvo que concurrieran otras circunstancias agravantes previstas en el art. 12. Además, podría haber concurrencia con los delitos de falsedad documental que se encontraran en los casos particulares.

Nota de Referencia Extranjera: texto refundido sobre disposiciones relativas a la inmigración y al estatuto del extranjero. Art. 12: disposiciones sobre la inmigración clandestina 1. Salvo que el hecho sea constitutivo de un delito más grave, toda persona que, infringiendo las disposiciones de la presente ley consolidada, promueva, gestione, organice, financie o transporte a extranjeros al territorio del Estado o realice otros actos destinados a procurar ilegalmente su entrada en el territorio del Estado o de otro Estado del que no sea ciudadano o no tenga residencia permanente, será castigada con una pena de prisión de uno a cinco años y con una multa de 15 000 euros por cada persona. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 54 del Código Penal, las actividades de ayuda y asistencia humanitaria prestadas en Italia a extranjeros necesitados, aunque se encuentren en el territorio del Estado, no constituyen delito. 3. Salvo que el acto constituya un delito más grave, quien, en violación de las disposiciones de la presente ley consolidada, promueva, dirija, organice, financie o transporte a extranjeros al territorio del Estado o realice otros actos destinados a obtener ilegalmente su entrada en el territorio del Estado, o de otro Estado del que no sea ciudadano o no tenga derecho de residencia permanente, será castigado con pena de prisión de cinco a quince años y multa de 15 000 euros para cada persona en caso de que: a) el hecho se refiera a la entrada o a la permanencia ilegal en el territorio del Estado de cinco o más personas; b) la persona transportada haya sido expuesta a peligro para su vida o su seguridad para procurar su entrada o su permanencia ilegal; c) la persona transportada haya sido sometida a un trato inhumano o degradante para procurar su entrada o su permanencia ilegal; d) el hecho sea cometido por tres o más personas en complicidad entre sí o utilizando servicios de transporte internacional o documentos falsificados o alterados o, en cualquier caso, obtenidos ilegalmente; e) los autores del hecho dispongan de armas o materiales explosivos. 3-bis. Si en los hechos previstos en el apartado 3 concurren dos o más de las circunstancias previstas en las letras a), b), c), d) y e) del mismo apartado, se agravará la pena prevista en el mismo. 3-ter. La pena de prisión se incrementa de un tercio a la mitad y la multa se eleva a 25 000 euros.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n.º 63 del 8-2-2022, en <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/03/corte-cost-63-2022.pdf>.



Derechos humanos. Derecho de las personas gestantes. Derecho a decidir sobre el propio cuerpo. Derecho a la salud reproductiva. Derecho a la planificación familiar. Derecho a la vida privada. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Derecho a un embarazo deseado. Derecho a formar una familia. (EE. UU.).

Antecedentes del caso: la ley de edad gestacional del estado de Mississippi establece que “una persona gestante no podrá realizar o inducir intencionalmente o a sabiendas (...) una interrupción voluntaria del embarazo si se ha determinado que la edad gestacional probable de la persona por nacer es mayor de quince semanas, excepto en el caso de una emergencia médica o de una anormalidad fetal severa” (Miss. Code. Ann. art. 41–41–191). La parte demandada ante la Corte Suprema —la Organización para la Salud de la Mujer de Jackson, una clínica que realiza interrupciones de embarazo, y uno de sus médicos— impugnó la ley de Mississippi ante un tribunal federal de primera instancia. Argumentó que la norma violaba los precedentes de la Corte Suprema que declaran el derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo, en particular, los casos *Roe v. Wade* (410 U. S. 113) y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (505 U. S. 833).

El tribunal concedió el proceso sumario a favor de la parte demandada y ordenó la suspensión de la aplicación de la ley. Consideró que la restricción impuesta por el estado de Mississippi de las 15 semanas de gestación sobre la interrupción voluntaria del embarazo se contraponía a los antecedentes de la Corte Suprema, que prohibía a los estados obstaculizar esa práctica.

La Cámara Federal de Apelaciones del Circuito V confirmó la decisión.

La parte actora ante la Corte Suprema —Dobbs, el ministro de Salud del estado de Mississippi— cuestionó el fallo y argumentó en defensa de la validez de la ley sobre la base de que los casos *Roe* y *Casey* habían sido resueltos erróneamente y afirmó que la ley era constitucional porque satisfacía el escrutinio de base racional.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos revocó el fallo impugnado y dio la razón a la parte actora. Consideró que la Constitución no mencionaba el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, revocó las decisiones de los casos *Roe* y *Casey* y ordenó que la potestad para regular la interrupción voluntaria del embarazo volviera al pueblo a través de sus representantes electos.

1. La cuestión analizada en este caso era si la Constitución, entendida correctamente, garantizaba el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. El análisis realizado en *Casey* pasó por alto esa cuestión y confirmó el precedente *Roe* únicamente sobre la base de la doctrina del *stare decisis*. Sin embargo, la aplicación pertinente de la doctrina del *stare decisis* exigía una evaluación de la solidez de los fundamentos en los que se había basado el caso *Roe*. Por lo tanto, la Corte Suprema volvió sobre la cuestión que en *Casey* no había sido considerada.

Primero, el tribunal examinó el estándar que en los casos previos se había utilizado para determinar si la referencia a la “libertad” de la Enmienda XIV protegía

un derecho en particular. La Constitución no hace referencia expresa al derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, pese a que varias normas constitucionales se han ofrecido como lugares potenciales para un derecho constitucional implícito. En el caso *Roe*, se sostuvo que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo formaba parte del derecho a la intimidad declarado en las enmiendas I, IV, V, IX y XIV (ver 410 U. S., p. 152-153). En *Casey*, la Corte Suprema fundó su decisión únicamente en la teoría de que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es parte de la “libertad” protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV. Otros han entendido que el fundamento puede encontrarse en la Cláusula de Protección Igualitaria de la Enmienda XIV, pero esa teoría queda totalmente desestimada por los precedentes de la Corte Suprema que establecen que la regulación estatal de la interrupción voluntaria del embarazo no constituye una clasificación basada en el sexo y, por lo tanto, no se encuentra sujeta al análisis profundo que se aplica a tales clasificaciones (ver *Geduldig v. Aiello*, 417 U. S. 484, 496, n. 20; *Bray v. Alexandria Women’s Health Clinic*, 506 U. S. 263, 273-274). Más bien, las normas y prohibiciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo se rigen por el mismo estándar de revisión que las otras medidas relativas a la salud y la seguridad.

Luego, la Corte Suprema examinó si el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo estaba arraigado en la historia y la tradición de la nación y si era un componente esencial de la “libertad ordenada”. El tribunal entendió que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no estaba profundamente arraigado en la historia y en la tradición de la nación. La teoría subyacente sobre la que se fundó el caso *Casey* —que la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV proporciona una protección sustantiva así como procesal de la “libertad”— ha sido controvertida durante mucho tiempo.

En las decisiones de la Corte Suprema se ha sostenido que la Cláusula del Debido Proceso protege a dos categorías de derechos sustantivos: aquellos garantizados por las primeras ocho enmiendas y aquellos considerados fundamentales que no se mencionan en ninguna parte de la Constitución. Al decidir si un derecho se encuadra en una de estas categorías, la cuestión que se plantea es si el derecho está “profundamente arraigado en la historia y la tradición” y si es esencial para el “esquema de libertad ordenada” de la nación (ver *Timbs v. Indiana*, 586 U. S. ___, ___). El término “libertad” por sí solo proporciona poca orientación. Por lo tanto, las investigaciones históricas se tornan esenciales cada vez que se le pide a la Corte Suprema que reconozca un nuevo componente de interés de la “libertad” protegido por la Cláusula del Debido Proceso. Al interpretar lo que se entiende por “libertad”, el tribunal debe resguardarse de la tendencia humana natural a confundir lo que la Enmienda XIV protege con la propia mirada profunda de la Corte Suprema sobre la libertad que los estadounidenses deberían gozar. Por esta razón, la Corte Suprema ha sido “reacia” a reconocer derechos que no están mencionados en la Constitución (ver *Collins v. Harker Heights*, 503 U. S. 115, 125).

Guiada por la historia y la tradición que delimitan los elementos básicos del concepto de libertad ordenada de la nación, la Corte Suprema señaló con claridad

que la Enmienda XIV no garantizaba el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Hasta finales del siglo XX, no hubo un reconocimiento en la legislación estadounidense al derecho constitucional de interrupción voluntaria del embarazo. Ninguna norma constitucional estadual había regulado tal derecho. Hasta unos años antes del caso *Roe*, ningún tribunal federal o estadual había declarado ese derecho y tampoco se había escrito un tratado académico sobre el tema. De hecho, la interrupción voluntaria del embarazo fue, durante mucho tiempo, una conducta tipificada penalmente en cada uno de los estados. En el *common law* la interrupción voluntaria del embarazo en algunas etapas del embarazo se consideraba ilegal y un crimen, y podía tener serias consecuencias si se realizaba en cualquiera de sus etapas. La legislación estadounidense siguió al *common law* hasta que, en el siglo XIX, una ola de restricciones legales extendió la responsabilidad penal por la interrupción voluntaria del embarazo. Cuando se sancionó la Enmienda XIV, tres cuartas partes de los estados habían tipificado esta práctica como delito en cualquiera de las etapas del embarazo. Este consenso perduró hasta el día en que se dictó el fallo en el caso *Roe*, que ignoró o tergiversó esta historia. Posteriormente, en *Casey*, no se reconsideró el análisis histórico distorsionado realizado en *Roe*.

El argumento de la parte demandada de que la historia no tiene relevancia va en contra del estándar aplicado por la Corte Suprema para determinar si un derecho que no se menciona en ninguna parte de la Constitución está igualmente protegido por la Enmienda XIV. El procurador general reiteró el argumento plasmado en *Roe* de que es “dudoso que la interrupción voluntaria del embarazo fuera alguna vez establecida firmemente como un delito en el *common law* incluso con respecto a la interrupción temprana del embarazo” (ver 410 U. S., pág. 136), pero grandes doctrinarios del *common law* —Bracton, Coke, Hale y Blackstone— han escrito que la interrupción voluntaria del embarazo en una etapa avanzada de gestación configuraba un delito. Además, muchas personas autorizadas afirmaron que incluso la interrupción voluntaria del embarazo previa a esa etapa era “ilegal” y que, como resultado, quien practicase ese procedimiento sería penalmente responsable del delito de homicidio si la mujer perdiese la vida. El procurador general argumentó que la historia respaldaba el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo debido a que, en el *common law*, no se penalizaba la interrupción voluntaria del embarazo prematura y la presión sobre la edad gestacional temprana tampoco era universal (ver *Mills v. Commonwealth*, 13 Pa. 631, 633; *State v. Slagle*, 83 N. C. 630, 632). Asimismo, sostuvo que, independientemente del hecho de que a finales del siglo XVIII y a principios del XIX varios estados no penalizaban la interrupción voluntaria del embarazo prematura, los estados habrían tenido autoridad para hacerlo si lo hubieran estimado conveniente.

En lugar de persuadir seriamente con el argumento de que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en sí mismo tiene raíces profundas, los defensores de los fallos *Roe* y *Casey* sostuvieron que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo era parte integral de un derecho arraigado más amplio. En *Roe* se lo llamó derecho a la privacidad, 410 U. S., pág. 154, y en *Casey* se lo describió como la libertad de tomar “decisiones íntimas y personales” que son “centrales para la dignidad y la autonomía personales”, 505 U. S., pág. 851. La libertad ordenada

establece límites y define los márgenes entre los intereses que se encuentran en pugna. Los casos *Roe* y *Casey* lograron un equilibrio particular entre los intereses de una mujer que quiere interrumpir voluntariamente su embarazo y los intereses de lo que en esos casos se denominó “vida potencial” (ver *Roe*, 410 U. S., pág. 150; *Casey* 505 U. S., pág. 852). Pero la población de los distintos estados puede evaluar esos intereses de manera diferente. La interpretación histórica que el estado hizo sobre la libertad ordenada no impide que los representantes elegidos por el pueblo decidan cómo debe regularse la interrupción voluntaria del embarazo.

Por último, la Corte Suprema analizó si el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo formaba parte de un derecho arraigado más amplio como se había sostenido en casos anteriores. El tribunal entendió que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no podía justificarse como componente de un derecho más amplio. Los intentos de justificar la interrupción voluntaria del embarazo apelando a un derecho a la autonomía más amplio y a definir el “concepto de existencia” de cada uno resultan excesivos (ver *Casey*, 505 U. S., pág. 851). Esos criterios, si son generalizados, podrían dar lugar a otros derechos fundamentales, como el derecho al consumo de drogas ilegales, a la prostitución y a otros análogos. Lo que distingue nítidamente al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de los derechos reconocidos en los casos sobre los cuales *Roe* y *Casey* se fundaron es una cuestión que ambos precedentes admitieron: la interrupción voluntaria del embarazo es diferente porque destruye lo que en *Roe* se denominó “vida potencial” y lo que en la ley impugnada se denomina “persona por nacer”. Ninguna de las otras decisiones citadas en *Roe* y *Casey* incluyó la cuestión moral crítica que plantea la interrupción voluntaria del embarazo. En consecuencia, esos casos no sostienen el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, y la resolución de la Corte Suprema de que la Constitución no menciona tal derecho no socava esos casos de ninguna manera.

2. La doctrina del *stare decisis* no recomienda seguir aceptando el antecedente de *Roe* y *Casey*. El *stare decisis* juega un rol preponderante y protege los intereses de quienes han iniciado sus acciones a partir de una sentencia anterior. Además, “reduce los incentivos a las impugnaciones de los precedentes ya establecidos, ahorrándoles a las partes y a los tribunales los costos de un nuevo litigio interminable” (ver *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U. S. 446, 455) al tiempo que “contribuye a la efectiva integridad del proceso judicial” (ver *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 827) y restringe la arrogancia judicial respetando la decisión de quienes tuvieron que hacer frente a cuestiones de importancia en el pasado. Pero la doctrina del *stare decisis* no es un mandato inexorable (ver *Pearson v. Callahan*, 555 U. S. 223, 233) y “es más débil cuando la Corte interpreta la Constitución” (ver *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 235). Algunas de las decisiones constitucionales más trascendentes de la Corte Suprema han revocado precedentes (ver, por ej., *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483, 491, que deja sin efecto la errónea decisión dictada en *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537, y sus derivaciones).

En los casos de la Corte Suprema, se han identificado los factores que deben tenerse en cuenta al momento de decidir si un precedente debe ser revocado (ver *Janus v. State, County, and Municipal Employees*, 585 U. S. ____, ____–____). Los cinco

factores que se discuten a continuación constituyen argumentos válidos en favor de la revocación de los casos *Roe* y *Casey*.

(a) La naturaleza del error de la Corte Suprema. Así como la gravosa decisión emitida en el caso *Plessy v. Ferguson*, la resolución del caso *Roe* tampoco se ajustó a derecho y desde el día en que se dictó estuvo en colisión con la Constitución. En *Casey* se perpetuaron sus errores: se convocaron a ambas partes de la controversia nacional a resolver su debate, pero, al hacerlo, necesariamente se declaró a una parte vencedora. Los del bando perdedor —aquellos que buscaron defender el interés del Estado en la vida del feto— ya no podían intentar persuadir a sus representantes de que adoptaran políticas consistentes con su postura. La Corte Suprema malogró el proceso democrático al excluir al gran número de estadounidenses que no estaba de acuerdo con la resolución dictada en *Roe*.

(b) Calidad del razonamiento. Sin ningún fundamento en el texto constitucional, la historia o los precedentes, el fallo *Roe* impuso a todo el país un conjunto minucioso de reglas para el embarazo dividido en trimestres, muy similar a lo que se podría esperar encontrar en una ley o reglamento (ver 410 U. S., págs. 163–164). El fracaso de *Roe*, incluso para señalar el consenso aplastante de las leyes estatales vigentes en 1868, es notable, y lo que se dijo sobre el *common law* fue simplemente erróneo. Luego de examinar la historia, el fallo dedicó muchos párrafos a realizar el tipo de investigación que podría llevar a cabo una comisión legislativa, y no explicó por qué las fuentes en las que se basaba arrojaban luz sobre el sentido de la Constitución. En cuanto a los precedentes, a través de la cita de una amplia variedad de casos, la Corte Suprema halló el sustento de un “derecho constitucional a la privacidad personal” (id., pág. 152). Pero en *Roe* se conjugó el derecho a proteger la información de la divulgación con el derecho a tomar y llevar adelante decisiones personales de importancia sin la injerencia del Estado (ver *Whalen v. Roe*, 429 U. S. 589, 599–600). Ninguna de estas decisiones involucró el aspecto que distingue a la interrupción voluntaria del embarazo, que es su efecto sobre lo que *Roe* denominó “vida potencial”. Cuando la Corte Suprema explicó la base del régimen que impuso al país, afirmó que sus reglas eran —entre otras cosas— “consistentes con el peso de los respectivos intereses involucrados” y “las exigencias de los problemas profundos de la actualidad” (ver *Hueva*, 410 U. S., pág. 165). Estas son precisamente la clase de consideraciones que a menudo los órganos legislativos tienen en cuenta cuando trazan lineamientos que dan paso a intereses contrapuestos. El régimen que se elaboró en *Roe* se parecía a la legislación, y la Corte Suprema proporcionó el tipo de explicación que cabría esperar de un órgano legislativo. Una deficiencia aún más palpable fue que en *Roe* no pudo justificarse la distinción crítica que se hizo entre la interrupción voluntaria del embarazo antes y después de su viabilidad (ver id., pág. 163). La arbitraria línea de viabilidad, que en *Casey* se definió como la regla central de *Roe*, no encontró mucho apoyo entre los filósofos y especialistas en ética que han intentado justificar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. El problema más obvio con cualquiera de estos argumentos es que la viabilidad ha cambiado con el correr del tiempo y depende en gran medida de factores —tales como los avances médicos y la disponibilidad de atención médica de calidad— que no tienen ninguna relación con las características de un feto.

Cuando en *Casey* se volvió sobre *Roe* casi 20 años después, la Corte Suprema confirmó la decisión central, pero deliberadamente se abstuvo de respaldar la mayor parte de su razonamiento. La Corte Suprema abandonó toda referencia al derecho a la privacidad y, en cambio, basó por completo el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV (ver 505 U. S., pág. 846). El voto de la mayoría criticó y rechazó el esquema trimestral establecido en *Roe*, 505 U. S., pág. 872, y lo sustituyó por una nueva y poco inteligible “carga excesiva”. En resumen, en el caso *Casey* se negó la confirmación o el rechazo de aspectos sobresalientes del análisis de *Roe*, no se logró subsanar las deficiencias evidentes en el razonamiento de *Roe*, se aprobó lo que denominó la decisión central de *Roe* (mientras se sugirió que una mayoría podría no haber pensado que era correcto), no se ofreció otro sustento para el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que el establecido en *Roe* como precedente y se impuso una nueva prueba sin una base sólida en el texto constitucional, la historia o los precedentes.

(c) Aplicabilidad. El hecho de decidir si corresponde dejar sin efecto un precedente depende, en parte, de si la regla que se impone es viable, es decir, si puede entenderse y aplicarse de manera consistente y predecible. La prueba de “carga excesiva” de *Casey* obtuvo una baja puntuación en la escala de viabilidad. La mayoría en *Casey* intentó dar sentido a la prueba de “carga excesiva” al establecer tres reglas subsidiarias, pero estas reglas crearon sus propios problemas. Y la dificultad para aplicar las nuevas reglas de *Casey* surgió en ese mismo caso (ver *Compare* 505 U. S., págs. 881–887, con *id.*, págs. 920–922). La experiencia de los tribunales de apelaciones proporciona más evidencia de que la “línea entre” las restricciones permisibles e inconstitucionales de *Casey* “ha demostrado que es imposible definirla con precisión” (ver *Janus*, 585 U. S., ____). *Casey* ha generado una larga lista de litigios en la cámara. La adhesión continua a la prueba inviable de “carga excesiva” promovida en *Casey* socavaría el “desarrollo imparcial, predecible y coherente de los principios jurídicos” en vez de fomentarlo (ver *Payne*, 501 U. S., pág. 827).

(d) Efecto sobre otras áreas del derecho. Los casos *Roe* y *Casey* han llevado a la distorsión de muchas doctrinas legales importantes pero no relacionadas entre sí, y ese efecto otorga mayor sustento para revocar las decisiones (ver *Ramos v. Louisiana*, 590 U. S. ____, ____, juez Kavanaugh, J., voto concurrente en parte).

(e) Intereses de confianza. La revocación de los casos *Roe* y *Casey* no pondrá en peligro intereses de confianza concretos como los que se desarrollan en los “casos que involucran derechos de propiedad y contractuales” (ver *Payne*, 501 U. S., pág. 828). En *Casey*, el voto de la mayoría admitió que los intereses tradicionales de confianza no estaban implicados, porque la interrupción voluntaria del embarazo es generalmente una “actividad no planificada” y “la planificación reproductiva podría tener en cuenta casi de inmediato a la reinstauración repentina de la autoridad estatal para prohibir las interrupciones voluntarias del embarazo” (505 U. S., pág. 856). En cambio, el voto identificó una forma más intangible de confianza, a saber, que “las personas han organizado sus relaciones íntimas y tomado decisiones que definen la percepción que tienen de sí mismas y los lugares que ocupan en la sociedad (...) confiando en la disponibilidad de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en caso

de que fracase el método de anticoncepción” y que “la capacidad de las mujeres de participar en igualdad de condiciones en la vida económica y social de la nación se ha visto facilitada por la capacidad para controlar su vida reproductiva”. Las partes en este litigio manifestaron fervientes y contradictorios argumentos sobre los efectos del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo sobre la vida de las mujeres, así como sobre el estatus del feto. El intento especulativo de la mayoría en *Casey* por sopesar la importancia relativa de los intereses del feto y de la madre representa un apartamiento de la “proposición constitucional original” de que “los tribunales no sustituyen sus consideraciones sociales y económicas por las decisiones de los órganos legislativos” (ver *Ferguson v. Skrupa*, 372 U. S. 726, 729-730).

El procurador general dictaminó que la revocación de *Roe* y *Casey* amenazaría la protección de otros derechos tutelados bajo la Cláusula del Debido Proceso. La Corte Suprema destacó que esta decisión atañía al derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo y a ningún otro derecho más. Nada en esta sentencia debe entenderse en el sentido de que ponga en tela de juicio precedentes que no se refieren a la interrupción voluntaria del embarazo.

3. En *Casey*, se identificó otra dificultad, a saber, el riesgo de que la población percibiera que una decisión que deja sin efecto otro fallo controversial “decisivo”, como *Roe*, está influenciada por cuestiones políticas o por la opinión pública (ver 505 U. S. págs. 866–867). Pero el tribunal no puede permitir que sus decisiones se vean afectadas por asuntos ajenos a él. Un precedente de la Corte Suprema está sujeto a los principios habituales de la doctrina del *stare decisis* según los cuales la adhesión al precedente es la regla, pero no un mandato inexorable. Si la regla fuera de otra manera, las decisiones erróneas como *Plessy* seguirían vigentes. La función de la Corte Suprema es interpretar la ley, aplicar los principios de la doctrina del *stare decisis* y resolver el caso en consecuencia.

4. De conformidad con los precedentes de la Corte Suprema, el escrutinio de base racional es el estándar apropiado para aplicar cuando las regulaciones estatales sobre la interrupción voluntaria del embarazo son impugnadas constitucionalmente. Dado que promover la interrupción voluntaria del embarazo no es un derecho constitucional fundamental, los estados pueden regular esta práctica por razones legítimas y, cuando tales regulaciones sean impugnadas en virtud de la Constitución, los tribunales no pueden “sustituir sus creencias sociales y económicas por las decisiones de los órganos legislativos” (ver *Ferguson*, 372 U. S., págs. 729-730). Eso se aplica incluso cuando las leyes que están en juego se refieren a cuestiones de gran trascendencia social y sustancia moral. La ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo, al igual que otras leyes que regulan la salud y el bienestar, goza de una “fuerte presunción de validez” (ver *Heller v. Doe*, 509 U. S. 312, 319). Y debe sostenerse si existe una base racional sobre la cual el poder legislativo pudo haber pensado que serviría a los intereses legítimos del estado (id., p. 320).

La ley de edad gestacional del estado de Mississippi cuenta con el sustento de las consideraciones específicas de la legislatura de Mississippi, que incluyen el interés del estado en “proteger la vida de la persona por nacer” (ver art. 2.b.i). Estos intereses

legítimos proporcionan la base racional de la ley de edad gestacional, por lo que se entiende que el pedido de impugnación de los demandados no debe prosperar.

5. La interrupción voluntaria del embarazo plantea una profunda cuestión moral. La Corte Suprema señaló que la Constitución no prohibía a los ciudadanos de cada estado regular o prohibir esta práctica. Sin embargo, los precedentes *Roe* y *Casey* se habían arrogado tal autoridad. Por eso, el tribunal resolvió dejar sin efecto esas decisiones y devolver esa potestad al pueblo a través de sus representantes electos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, sentencia del 24-6-2022, en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.



Derechos sociales. Puerto Rico. Territorios pertenecientes a los Estados Unidos. Residentes. Igualdad ante la ley. Componente de protección igualitaria de la cláusula constitucional del debido proceso. Derechos de las personas que residen en territorio portorriqueño. Igualdad de acceso a los beneficios de los programas sociales. Discriminación por razón de origen nacional. (EE. UU.).

Antecedentes del caso: la Cláusula Territorial de la Constitución de los Estados Unidos (que establece que el Poder Legislativo puede “sancionar todas las normas y regulaciones necesarias respecto del territorio [...] perteneciente a los Estados Unidos”) faculta al Congreso para legislar con amplia potestad en relación con los territorios pertenecientes a los Estados Unidos. En el ejercicio de esa autoridad, el legislador mantuvo durante mucho tiempo programas de beneficios e impuestos federales diferentes para los residentes de los territorios y para los residentes de los 50 estados del país. Por ejemplo, los residentes de Puerto Rico generalmente están exentos de la mayoría de los impuestos federales sobre ingresos, donaciones, bienes e impuestos especiales (ver 48 U. S. C. §734; p. ej., 26 U. S. C. §933, 2209, 4081–4084). Pero así como no todos los impuestos federales los alcanzan, tampoco todos los beneficios sociales de los programas federales se extienden a los residentes de Puerto Rico. Uno de esos programas de beneficios es el de Seguridad de Ingreso Suplementario (SSI, por sus siglas en inglés), que, por disposición legal, se aplica solo a los residentes de los 50 estados y al Distrito de Columbia (ver 42 U. S. C. §1382c.a.1.B.i). La cuestión que se debatió en este caso es si el componente de protección igualitaria de la Cláusula del Debido Proceso establecida en la Quinta Enmienda requería que el Congreso posibilitara el acceso a los beneficios del programa de SSI a los residentes de Puerto Rico en la misma medida en que lo hace con los residentes de los 50 estados.

En este caso, el demandado José Luis Vaello Madero recibió los beneficios del programa de SSI mientras residía en el estado de Nueva York. Posteriormente, se mudó a Puerto Rico, donde ya no calificaba para recibir los beneficios. El Poder Ejecutivo desconoció la nueva residencia de Vaello Madero, por lo que continuó pagándole durante un tiempo los beneficios. Finalmente, el Poder Ejecutivo lo demandó para recuperar los pagos efectuados erróneamente, que sumaron más de 28 mil dólares. En la contestación de la demanda, Vaello Madero invocó la Constitución y argumentó que la exclusión de los residentes de Puerto Rico del programa de SSI violaba el componente de protección igualitaria de la Cláusula del Debido Proceso establecida en la Quinta Enmienda.

El tribunal de primera instancia resolvió a favor de Vaello Madero y la cámara de apelaciones confirmó esa decisión.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos revocó la sentencia de la cámara. Sostuvo que la Constitución no exigía que el Poder Legislativo extendiera el alcance de los beneficios sociales del programa de SSI a los residentes de Puerto Rico. En los precedentes *Califano v. Torres* (435 U. S. 1) y *Harris v. Rosario* (446 U. S. 651), la Corte aplicó el escrutinio de base racional deferente para confirmar la decisión del Congreso de no extender ciertos beneficios federales al territorio de Puerto Rico y señaló que, debido a que el legislador optó por tratar a los residentes de Puerto Rico de manera diferente a los residentes de los estados a los efectos de las leyes fiscales, podría hacer lo mismo con los beneficios de los programas sociales. Los precedentes mencionados definieron el resultado en este caso. La decisión del Congreso de eximir a los residentes de Puerto Rico de la mayoría de los impuestos federales sobre los ingresos, donaciones, bienes e impuestos especiales proporciona una base racional para distinguirlos igualmente de los residentes de los estados a los fines de los beneficios del programa. La postura contraria que sostenía Vaello Madero daría lugar a potenciales consecuencias de largo alcance, con serias implicaciones para el pueblo y la economía puertorriqueños. La Constitución no exige ese resultado extremo.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States v. Vaello Madero*, sentencia del 21-4-22, en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-303_new_21o2.pdf.



Recursos naturales. Aguas interjurisdiccionales. Competencia originaria de la Corte Suprema. Conflicto entre dos estados por la utilización y consumo del caudal de un acuífero interestatal. Alcance y aplicación de la Doctrina Legal de Distribución Equitativa creada por la Corte Suprema. (EE. UU.).

Antecedentes del caso: el estado de Mississippi interpuso una demanda e inició otras acciones contra el estado de Tennessee por los daños y perjuicios relacionados con la extracción de las aguas subterráneas del acuífero Middle Claiborne por parte de la ciudad de Memphis. Este acuífero es un valioso recurso hídrico que se extiende por debajo del territorio de ocho estados. Mississippi argumentó que el bombeo que realiza Tennessee —a través de pozos que están ubicados en su totalidad en el territorio de Tennessee, según reconoció Mississippi— desvía el agua fuera de Mississippi, lo que constituye una apropiación ilegal de las aguas subterráneas de su propiedad. Mississippi negó expresamente toda solución de distribución equitativa, ya que adujo que la “premisa fundamental expresada en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre distribución equitativa —que establece que cada uno de los estados oponentes se encuentra en igualdad de condiciones respecto a la utilización de las aguas en disputa— no se aplica a este diferendo”.

El perito judicial designado por la Corte Suprema para evaluar el reclamo de Mississippi determinó que el acuífero conformaba un recurso hídrico interestatal y que la distribución equitativa era el remedio legal exclusivo. Debido a que, en su planteo, Mississippi no había solicitado una distribución equitativa, el perito recomendó a la Corte Suprema que desestimara la demanda y concediera autorización a ese estado para reformular su pretensión. Por otro lado, Mississippi impugnó la sugerencia del perito de desestimar la demanda y, por su parte, Tennessee objetó la recomendación de concederle a Mississippi autorización para replantear su reclamo.

Sentencia: la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos desestimó la demanda sin autorizar a Mississippi a reformular su pretensión. Consideró que las aguas del acuífero Middle Claiborne estaban sujetas al remedio legal de una distribución equitativa.

La doctrina de distribución equitativa tiene como objetivo establecer la justa distribución de un recurso hídrico compartido entre dos o más estados (ver *Colorado v. New Mexico*, 459 U.S. 176, p. 183, —1982—) y se basa en el principio de equidad, ya que los estados tienen el mismo derecho a la utilización razonable de los recursos hídricos que se comparten (ver *Florida v. Georgia*, 592 U.S. ___). La Corte Suprema aplicó la doctrina a los ríos y arroyos interestatales (ver *South Carolina v. North Carolina*, 558 U.S. 256 —2010—) en los litigios sobre cuencas fluviales interjurisdiccionales (ver *Florida v. Georgia*, 585 U. S. ___) y en situaciones en que la extracción de aguas subterráneas afectaba el flujo de las aguas superficiales interestatales (ver *Nebraska v. Wyoming*, 515 U.S. 1, p. 14—1995—). El Máximo Tribunal también aplicó la doctrina a los peces anádromos que migran desde el océano Pacífico hasta las zonas de desove en el sistema del río Columbia-Snake y

“viajan a través de varios estados a lo largo de su existencia” (ver *Idaho ex rel. Evans v. Oregon*, 462 U.S. 1017, p. 1018/1019, 1024 —1983—).

La Corte Suprema no abordó anteriormente la cuestión de si la distribución equitativa se aplica a los acuíferos interestatales. Sin embargo, entendió que la distribución equitativa del acuífero Middle Claiborne era, por diversas razones, “suficientemente análoga” a las aplicaciones previas de la doctrina como para garantizar el mismo tratamiento. Primero, la Corte Suprema aplicó la distribución equitativa cuando los recursos hídricos transfronterizos estaban en tela de juicio. Aquí el “carácter multiestatal” del acuífero Claiborne parece estar más allá de cualquier controversia (ver *Sporhase v. Nebraska ex rel. Douglas*, 458 U.S. 941, p. 953—1982—). Segundo, el acuífero Middle Claiborne contiene agua que fluye naturalmente entre los estados, y todos los casos de la Corte Suprema sobre distribución equitativa se refieren a esta clase de aguas (ver *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46, p. 98 —1907—) o a los peces que habitan en ellas (ver *Idaho ex rel. Evans*, 462 U.S., p. 1024). Mientras que Mississippi adujo que el flujo natural transfronterizo del acuífero Middle Claiborne era más lento que el de algunos ríos y arroyos, la Corte Suprema aplicó la distribución equitativa incluso en los casos de arroyos que se secan por temporadas (ver *Kansas*, 206 U.S., p. 115). Por lo tanto, el caudal del flujo no excluye al acuífero de la distribución equitativa. Por último, las medidas adoptadas en Tennessee para la extracción de agua del acuífero tienen efectos visibles en la parte que se encuentra por debajo del territorio de Mississippi. La extracción practicada por Tennessee contribuyó a la formación de un cono de depresión que se extiende varios kilómetros hacia el norte de Mississippi, que afirmó que este cono de depresión había reducido el almacenamiento y la presión de las aguas subterráneas en el norte de su territorio. Estos efectos interestatales son un sello distintivo de los casos de distribución equitativa decididos por la Corte Suprema (ver, p. ej., *Florida*, 592 U.S., ___). Por todas estas razones, la Corte Suprema consideró que el recurso jurídico de distribución equitativa era aplicable a las aguas del acuífero Middle Claiborne.

La Corte Suprema rechazó el argumento de Mississippi de que tenía un derecho soberano de propiedad sobre toda el agua que se encontraba debajo de su superficie, lo que excluiría la aplicación de una distribución equitativa. La Corte Suprema “negó sistemáticamente” la afirmación de que un estado pueda ejercer el dominio o control exclusivo de las “aguas interestatales que fluyen dentro de sus límites” (ver *Hinderlider v. La Plata River & Cherry Creek Ditch Co.*, 304 U.S. 92, p. 102 —1938). Si bien los antecedentes de la Corte Suprema sobre distribución equitativa se refirieron, en general, a arroyos y ríos, no existe ninguna razón para obtener un resultado diferente en el contexto del acuífero Middle Claiborne. Por el contrario, el enfoque de Mississippi sobre la propiedad permitiría que un estado que se encuentra situado aguas arriba interrumpa totalmente el flujo de agua hacia otro estado ubicado aguas abajo, lo que conduciría a un resultado opuesto a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre distribución equitativa. La decisión del Máximo Tribunal en el caso *Tarrant Regional Water Dist. v. Herrmann* (569 U.S. 614 —2013—) no sirve de apoyo a la postura de Mississippi. En ese precedente se cuestionó si un estado podía cruzar los límites de otro para acceder a un recurso hídrico compartido según los términos de un acuerdo interestatal. La Corte Suprema no

analizó la distribución equitativa porque los estados involucrados habían negociado un convenio en el que plasmaron y determinaron sus respectivos derechos de acceso al agua. En *Tarrant* se afirmó que, ante la falta de un acuerdo expreso, un estado no puede ingresar físicamente al territorio de otro para servirse de un recurso natural, pero ese principio no está implicado aquí. Las partes estipularon que todos los pozos que se sitúan en territorio de Tennessee se perforen directamente y no crucen la frontera de Mississippi-Tennessee. Si bien el origen de un recurso hídrico interestatal puede ser relevante en los términos de la distribución equitativa, esa característica por sí sola no puede ubicar al recurso natural fuera del alcance de la doctrina. En consecuencia, las aguas contenidas en el acuífero Middle Claiborne se encuentran sujetas a una distribución equitativa, por lo que la Corte Suprema dejó sin efecto las excepciones interpuestas por el estado de Mississippi y acogió la recomendación del perito judicial de desestimar su reclamo.

Mississippi no solicitó autorización para ampliar su demanda ni presentó un planteo de queja para pedir una distribución equitativa. La Corte Suprema no analizó si Mississippi debía recibir tal autorización e hizo lugar a la objeción de Tennessee a la recomendación del perito para que Mississippi reformulara su reclamo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *State of Mississippi, Plaintiff v. Tennessee, City of Memphis, Tennessee, and Memphis Light, Gas & Water Division*, sentencia del 22-11-2021, en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/143orig_1qm1.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la integridad personal, libertad personal, honra y dignidad y libertad de pensamiento y expresión. Garantías judiciales, protección judicial e igualdad ante la ley. Falta de investigación diligente. Discriminación por razón de género. Violación del plazo razonable. Ausencia de investigación sobre las amenazas recibidas antes y después del ataque. Familiar damnificado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso:

1. Contexto

Los hechos de este caso se desarrollaron en el marco del conflicto armado interno en Colombia. La Corte Interamericana destacó que en esa época existía un contexto de violencia específica dirigida contra periodistas, así como un contexto de violencia sexual contra mujeres y, en particular, contra mujeres periodistas. Este contexto también incluía un ambiente “generalizado de impunidad” con respecto a los asesinatos de periodistas.

La violencia ejercida en el conflicto armado afectó de manera diferencial y agravada a las mujeres, ya que el conflicto exacerbó y profundizó la discriminación, exclusión y violencia de género preexistentes en el país. La violencia sexual dirigida contra las mujeres era una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano. Además, formó parte del conjunto de estrategias bélicas y políticas ejecutadas por una multiplicidad de actores y se convirtió en un arma de guerra. A lo anterior se suma el hecho de que la violencia contra las mujeres fue afectada por un proceso de invisibilidad oficial y extraoficial, con silencio por parte de las víctimas e impunidad de los perpetradores. Del mismo modo, resultó eclipsada por otro tipo de problemas o fenómenos que ocurrían en el país. Esta violencia por razón de género no es ajena a las mujeres periodistas, quienes enfrentaron y enfrentan riesgos particulares asociados a su profesión, como la coacción y el acoso sexual, la intimidación, el abuso de poder y las amenazas, al igual que la violencia y el acoso sexual en contextos de trabajo.

En este contexto, Jineth Bedoya Lima, periodista de profesión y defensora de derechos humanos, realizaba actividades de investigación. Bedoya inició su carrera en 1995 y, desde entonces, ha trabajado en diversos medios de comunicación de radio, prensa y televisión en Colombia, en los que cubrió el conflicto armado. Desde 2010 inició, y actualmente lidera, la campaña “No es hora de callar”, centrada principalmente en la visibilización y la lucha contra la violencia de género en general, así como la violencia sexual contra las mujeres en particular.

Desde el inicio de su carrera como periodista, Bedoya ha sido víctima de amenazas y actos de hostigamiento, especialmente a partir de su trabajo cubriendo el conflicto armado interno y sus investigaciones en las cárceles en 1998.

2. Hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000

El 27 de abril de 2000, hubo un enfrentamiento entre paramilitares y miembros de grupos de delincuencia común en la cárcel La Modelo, que terminó con 32 reclusos muertos. Bedoya, junto con otros periodistas, reportó los hechos de manera sistemática. A raíz de lo anterior, recibió varias amenazas de muertes, tras las cuales se realizó una reunión entre el director del periódico y otros periodistas con la policía. Según pudieron averiguar a través de un mensajero del periódico que tenía un hermano recluido en el patio de los paramilitares, estos estaban “muy molestos” con las publicaciones del periódico y les conminaban a que no las siguieran haciendo. En consecuencia, se acordó responder a los paramilitares e informarles que Bedoya estaba dispuesta a dialogar con ellos y aclarar cualquier malentendido, con la “aquiescencia” de la Policía.

La noche del 24 de mayo de 2000, Bedoya recibió una llamada de un individuo que se hacía llamar “Ramiro”, quien le informó que una persona recluida, conocida como “El Panadero”, quería entrevistarse con ella al día siguiente a las 10 de la mañana en la sede de la cárcel. El 25 de mayo de 2000, la periodista acudió a la cita, acompañada por el editor judicial del periódico, un fotógrafo y por el conductor del vehículo. En la puerta de la cárcel, un guardia le indicó que, si bien no tenía un permiso a su nombre, lo estaban tramitando, y que “sabía de su visita”; también le aclaró que podría ingresar solo con el fotógrafo. Tras unos minutos, Bedoya volvió

a preguntar, a lo que el guardia le dijo que esperara, que “ya venía la boleta”. En ese momento, la periodista se dirigió al editor judicial del periódico y le pidió que fuera al vehículo para llamar al fotógrafo. En ese instante, mientras estaba sola delante de la puerta del penal, un hombre la atacó, la amenazó con un arma de fuego y le dijo que, si gritaba, mataría a la gente que había venido con ella. La trasladó a una bodega cercana a la cárcel, donde esperaban dos hombres más. Al llegar al lugar, le pusieron un trapo en los ojos, la golpearon, la insultaron, la agredieron, le amarraron las manos y la sentaron en una silla. Pasado un tiempo, los hombres le dijeron que iban a salir “de paseo”. La periodista insistía en preguntarles quién los había enviado y uno de ellos le dijo que “los habían mandado a sanear los medios de tanto hijueputa que había por ahí”. Posteriormente, la subieron a un vehículo y continuaron golpeándola. En el marco de ese secuestro, en el cual además participaron más hombres (algunos de ellos, uniformados), Bedoya fue violada por varios hombres. En el medio de esos actos de violencia, uno de los secuestradores le dijo, mientras la apuntaba con una pistola, “periodistas hijueputas que tienen el país vuelto mierda, por culpa de ustedes es que está el país así”, que estaban “pagados por la guerrilla” y que les iban a “escarmentar para que no sigan guevoniando y se tiren el país”. Tras varias horas, cuando ya había anochecido, fue abandonada en un lado de una carretera en Villavicencio. En total, Bedoya estuvo aproximadamente unas 10 horas secuestrada.

3. Proceso penal por los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000

El 26 de mayo de 2000, el fiscal ordenó la apertura de la investigación penal en fase preliminar por el delito de secuestro simple y acto sexual violento, así como la práctica de las primeras diligencias. Durante varios años se realizaron muchas diligencias de investigación, por las cuales Bedoya debió declarar hasta en doce ocasiones. Además, tuvo que realizar una investigación propia y aportar la prueba recabada por ella al procedimiento en curso.

Como resultado de los procesos penales, tres personas asociadas al paramilitarismo fueron condenadas en los años 2016 y 2019 como autores materiales de los hechos a penas entre 11 y 40 años de prisión.

4. Agresiones, amenazas y secuestro sufrido por Bedoya tras los hechos tanto antes como después de los hechos de mayo de 2000, Bedoya recibió amenazas debido al ejercicio de su profesión. La periodista continuó recibiendo, a lo largo de estos últimos años, mensajes directos a su teléfono, mensajes de WhatsApp, llamadas desde Colombia y desde el extranjero, así como mensajes al periódico donde actualmente trabaja. Todas las denuncias presentadas por Bedoya sobre estas amenazas fueron archivadas o continúan siendo tramitadas.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, honra y dignidad y libertad de pensamiento y expresión en perjuicio de la periodista Jineth Bedoya Lima, por los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000. Ese día, Bedoya fue interceptada y secuestrada a las puertas de la cárcel La Modelo por paramilitares y sometida durante aproximadamente diez horas a un trato vejatorio y extremadamente violento,

durante el cual sufrió graves agresiones verbales y físicas y una violación sexual por parte de varios de los secuestradores. Asimismo, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales, protección judicial e igualdad ante la ley debido a la falta de debida diligencia en las investigaciones realizadas, el carácter discriminatorio por razón de género de las investigaciones y la violación del plazo razonable. Por otro lado, declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la integridad personal, honra y dignidad, libertad de pensamiento y expresión y garantías judiciales en perjuicio de Bedoya por la ausencia de investigaciones sobre las amenazas que recibió con carácter previo y posterior a los hechos de mayo de 2000. Finalmente, la Corte Interamericana declaró la violación de los derechos a la integridad personal, honra y dignidad, garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de la madre de Bedoya Lima, la señora Luz Nelly Lima.

El Estado realizó un reconocimiento parcial de responsabilidad por la violación a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con la obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como al deber de debida diligencia establecido en el art. 7.b de la Convención de Belém do Pará, con respecto a la específica deficiencia en el marco de la investigación penal, en la que Bedoya debió declarar en doce ocasiones. Asimismo, el Estado reconoció la violación de los derechos a la honra y dignidad, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con la obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Bedoya y su madre, en cuanto a la falta de debida diligencia en la investigación de las amenazas que recibió Bedoya, así como por la falta de investigación del ataque recibido por ella y su madre el 27 de mayo de 1999. Por último, reconoció la violación de los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), en perjuicio de Bedoya, por la falta de debida diligencia en la investigación de las amenazas desde que se pusieron en conocimiento del Estado.

1. Fondo

1.1 Derecho a la integridad personal, libertad personal, protección de la honra y dignidad, libertad de pensamiento y expresión, en relación con la obligación de respetar y proteger los derechos

1.1.1 Responsabilidad internacional del Estado por el secuestro y los actos de tortura a los que fue sometida Bedoya el 25 de mayo de 2000

La Corte Interamericana resaltó que, cuando adoptan medidas de protección para periodistas, los Estados deben aplicar un fuerte enfoque diferencial que tenga en cuenta el género, realizar un análisis de riesgo e implementar medidas de protección que consideren el riesgo enfrentado por mujeres periodistas como resultado de violencia basada en el género. En particular, los Estados deben observar no solo los estándares de violencia de género y no discriminación ya desarrollados por la Corte Interamericana, sino que, además, se les imponen ciertas obligaciones positivas: a) identificar e investigar con la debida diligencia los riesgos especiales que corren de manera diferencial las mujeres periodistas, así como los factores que aumentan la

posibilidad de que sean víctimas de violencia; b) adoptar un enfoque de género para garantizar la seguridad de mujeres periodistas con medidas de carácter preventivo, cuando sean solicitadas, así como dirigidas a protegerlas contra represalias.

La Corte Interamericana consideró que el deber de prevención del Estado requería de una diligencia reforzada, dados los antecedentes de hecho, unido al contexto existente en la época que ocurrieron los sucesos. La Corte Interamericana notó, desde una perspectiva interseccional, que Bedoya estaba en una situación doblemente vulnerable, por su labor de periodista y por ser mujer.

La Corte Interamericana concluyó que el Estado conocía la situación de riesgo real e inminente que pesaba sobre Bedoya y que pondría en peligro su vida o integridad personal. No consta que el Estado haya evaluado qué tipo de medidas serían adecuadas conforme a los riesgos específicos y las formas diferenciadas de violencia que ella enfrentaba por su profesión y por su género, ni, mucho menos, que se hayan implementado medidas para otorgarle una protección adecuada y efectiva, lo que supuso una violación del deber de garantía.

Sin perjuicio de lo indicado, tras analizar los alegatos esgrimidos por las partes y la Comisión, así como la prueba allegada, la Corte Interamericana advirtió la existencia de indicios graves, precisos y concordantes de la participación estatal en los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000, tales como a) las demoras para permitir el acceso de Bedoya al penal, junto con la extraña actitud del guardia de la entrada, quien la habría dejado sola en la puerta al momento del secuestro, pese a que tenía noticia de su visita; b) la aquiescencia previa de la policía para la visita, lo que significa que la policía tenía pleno conocimiento de la presencia de la señora a esa hora en la puerta del presidio; c) la circunstancia de que toda puerta de un penal es un lugar particularmente vigilado, máxime cuando en días previos se había producido un acto de singular violencia en el interior, y d) la presencia de una patrulla en la entrada de la cárcel y de sujetos uniformados durante el secuestro. Estos indicios resultan más graves ya que la víctima investigaba delitos cometidos en un contexto de criminalidad organizada con intervención de funcionarios en relación con secuestros y transferencia de secuestrados. Todo lo anterior permitió concluir que el Estado había incurrido en responsabilidad internacional por incumplimiento de su deber de respeto, por la interceptación y secuestro de Bedoya el 25 de mayo de 2000, en violación del art. 7 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1 y el art. 7.a y 7.b de la Convención de Belém do Pará.

Además, la Corte Interamericana observó que, mientras Bedoya estuvo secuestrada, había sido sometida intencionalmente a graves agresiones verbales y físicas con el propósito de castigarla por su actividad periodística. Por ende, determinó que Bedoya había sido sometida a actos de tortura física, sexual y psicológica, que no pudieron llevarse a cabo sin la aquiescencia y colaboración del Estado, o cuanto menos sin su tolerancia. En consecuencia, la Corte Interamericana consideró que el Estado había incurrido, además, en una violación de los arts. 5.2 y 11 de la Convención Americana, en relación las obligaciones contenidas en su art. 1.1, el art. 7.a y 7.b de la Convención de Belém do Pará y los arts. 1 y 6 de la CIPST.

1.1.2 Responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la libertad pensamiento y expresión de Bedoya

La libertad de pensamiento y expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos protegidos en el art. 13 de la Convención Americana. En primer lugar, la Corte Interamericana advirtió que el 25 de mayo de 2000 Bedoya fue interceptada, secuestrada y sometida a numerosas agresiones físicas y verbales y agredida mientras se encontraba cumpliendo labores periodísticas. En lo que respecta a la dimensión individual, concluyó que este ataque tenía como objetivo castigar e intimidar a la periodista en particular y afectar así la dimensión individual de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión. En lo que respecta a la dimensión social, advirtió, en primer lugar, que Bedoya cubría asuntos de gran interés público, como son el alegado tráfico de armas y compra y ventas de secuestrados, además de otras violaciones de derechos humanos en la cárcel La Modelo. La falta de una efectiva garantía de la libertad de pensamiento y expresión generaba un efecto amedrentador que provocaba que el público perdiera voces y puntos de vista relevantes y, en particular, voces y puntos de vista de mujeres, lo cual, a su vez, derivaba en un incremento en la brecha de género en la profesión periodística y atacaba el pluralismo como elemento esencial de la libertad de pensamiento y expresión y de la democracia.

Con base en lo anterior la Corte Interamericana concluyó que Colombia había violado la obligación de respetar y garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de Bedoya, consagrado en el art. 13 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1.

1.2 Derecho a las garantías judiciales, igualdad ante la ley, protección judicial, integridad personal y libertad de pensamiento y expresión

1.2.1 Falta de debida diligencia

La Corte Interamericana consideró que, en los casos de investigación de actos de violencia dirigidos contra mujeres periodistas, el deber de debida diligencia tiene que ser sometido a un estricto escrutinio por dos razones. La primera es que los Estados deben garantizar la libertad de expresión y proteger a personas que, por su profesión, están en una situación especial de riesgo al ejercer este derecho. La segunda es que a este deber se le debe añadir el estándar de debida diligencia reforzada respecto de la prevención y protección de mujeres contra la violencia de género. Esto debe tenerse en cuenta desde el inicio de una investigación de hechos violentos dirigidos contra ellas en el marco de su labor periodística y conlleva la obligación de identificar e investigar con la debida diligencia los riesgos especiales y diferenciados que enfrentan las mujeres periodistas por su profesión y su género, así como los factores que aumentan la posibilidad de que sean víctimas de violencia. A lo anterior se añade la obligada presunción, desde el inicio de las investigaciones, de que los hechos de violencia podrían tener un vínculo con su labor periodística. En suma, la Corte Interamericana enfatizó que, a la hora de investigar actos de violencia dirigidos contra mujeres periodistas, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para abordar la investigación desde una perspectiva interseccional en la que se consideren estos diferentes ejes de vulnerabilidad. En este caso, la Corte

Interamericana determinó que los actos sufridos por Bedoya el 25 de mayo de 2000 habían implicado diversas violaciones de derechos humanos que derivaron no solo en vulneraciones a la integridad personal, libertad personal, libertad de expresión y dignidad, sino que también fueron catalogados como actos de tortura.

La Corte Interamericana advirtió que, en el marco del procedimiento penal seguido por los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000, se produjeron determinadas falencias en la recaudación diligente de la prueba. Por ejemplo, se solicitaron los registros fílmicos de la cárcel o el listado de los guardias de turno en la prisión ese día diez años después de los hechos. Advirtió, además, que no constaba que se hubieran practicado diligencias para identificar evidencias sobre la ropa que Bedoya llevaba puesta el día de los hechos y las representantes y la Comisión alegaron que se habría extraviado (el Estado no lo refutó). Esto tiene particular relevancia en las investigaciones penales por violencia sexual, en las que resulta primordial documentar y coordinar los actos investigativos y manejar diligentemente la prueba, tomar muestras suficientes, realizar estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurar otras pruebas como la ropa de la víctima, investigar de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizar la correcta cadena de custodia.

Asimismo, constató que la propia Bedoya tuvo que realizar diligencias por su cuenta para investigar los hechos, lo cual fue revictimizante.

Por último, observó que, a la fecha de emisión de la sentencia, no se había podido determinar la autoría intelectual de los hechos ni de los demás coautores que pudieran haber participado en los mismos. La investigación de casos complejos requiere dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias. Con respecto a investigación sobre la participación de agentes estatales, observó que, a pesar de haber transcurrido más de veintidós años, esta línea de investigación no había arrojado ningún resultado. Por lo tanto, la Corte Interamericana concluyó que el Estado de Colombia no había actuado con la debida diligencia reforzada requerida en las investigaciones y proceso penal por la violencia y actos de tortura sufridos por Bedoya.

1.2.2 Discriminación por razón de género

La Corte Interamericana recordó su jurisprudencia reiterada que señala que la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y ser realizada por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género. Recordó también que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de ellas en el sistema de administración de justicia. Esa ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la Justicia. Por ende, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de

los posibles móviles discriminatorios puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género.

Sentado lo anterior, la Corte Interamericana observó que la primera declaración realizada por Bedoya ante la fiscalía había incumplido con el deber del Estado de que se realizara en un ambiente “cómodo y seguro” y, además, había contribuido a que la periodista no pudiera aportar en esos primeros momentos toda la información sobre lo sucedido, en claro detrimento de la investigación penal de los hechos. Asimismo, en el marco de esas investigaciones, se hicieron indagaciones con respecto a la alegada existencia de relaciones sentimentales entre Bedoya y un guerrillero, lo cual se enmarcó en una serie concepciones sexistas y estereotipos discriminatorios contra la mujer, que obstaculizaron más la determinación de las diferentes líneas de investigación. A lo anterior se unió el excesivo número de ocasiones en las que Bedoya tuvo que declarar, doce, como fue reconocido por el Estado. Por lo tanto, concluyó que la investigación penal por los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000 había tenido un carácter discriminatorio por razón de género.

1.2.3 Plazo razonable

La Corte Interamericana, de acuerdo con su jurisprudencia en la materia, analizó los cuatro elementos necesarios para determinar el cumplimiento o eventual incumplimiento con la garantía del plazo razonable, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima.

En este caso, advirtió que la causa penal relativa a los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000 giraba en torno a una sola víctima. Asimismo, observó que el Estado conoció los hechos inmediatamente después de que se hubieran producido, lo que facilitaba la recolección de prueba médica útil, de diversos testimonios relevantes, así como de otra prueba adicional de gran relevancia. Si bien es cierto que la posible multiplicidad de actores partícipes pudo dificultar el caso, la Corte Interamericana entendió que no presentaba mayores obstáculos para la indagación efectiva de lo sucedido. En lo que respecta a la conducta procesal de la víctima, advirtió que, lejos de adoptar cualquier tipo de actitud pasiva o incluso obstaculizadora, Bedoya, obligada por las circunstancias de la deficiente investigación a cargo de la fiscalía, tuvo que actuar *motu proprio* realizando sus propias investigaciones y aportando la prueba oportuna ante las autoridades estatales. Este dato puso en cuestionamiento la conducta de las autoridades estatales, que incluso consultaron a Bedoya si ella había obtenido más información con respecto a los autores de los hechos. En lo relativo a la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, la Corte Interamericana observó que, dado que se trataba de una mujer periodista víctima de violencia sexual, las autoridades judiciales tendrían que haber obrado con mayor diligencia en el marco de la recolección de prueba, de las investigaciones y de los procedimientos judiciales sobre los hechos del caso. Señaló que de estas actuaciones judiciales dependía investigar y sancionar a los responsables de unos graves actos de violencia —y violencia sexual en particular— que, además, suponían un claro ataque contra la prensa en general. El paso del tiempo vino a perpetuar esa situación y sensación, tanto individual de Bedoya como colectiva de la prensa y la

sociedad colombiana, de impunidad de este tipo de delitos en un contexto, además, de elevada y alarmante violencia contra los y las periodistas.

Por todo lo anterior, concluyó que Colombia también había violado el plazo razonable por la investigación y judicialización de los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000. En virtud de todo lo expuesto, declaró que el Estado había vulnerado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial establecidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 24 de ese tratado, así como el art. 7.b de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de Bedoya.

1.2.4 Con relación a las amenazas recibidas con anterioridad y posterioridad al 25 de mayo de 2000

En lo que respecta al derecho a la libertad de expresión, la Corte Interamericana recordó la posibilidad de que existan situaciones de facto en las que quienes ejercen la libertad de expresión se encontrarán en mayor riesgo o vulnerabilidad. En esas circunstancias, los Estados tienen una obligación de abstenerse de acciones que faciliten o incrementen el peligro y, cuando sea aplicable, adoptar medidas razonables y necesarias para prevenir violaciones o para proteger los derechos de quienes se encuentran en riesgo. Por lo tanto, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias no solo para proteger a las y los periodistas, sino para investigar diligentemente cualquier acto de agresión que puedan sufrir. En efecto, la prevención de esas violaciones depende, necesariamente, de que los crímenes cometidos contra periodistas, sobre todo los que pongan en peligro su vida y/o integridad física, no queden en la impunidad, la que no solo tiene un efecto directo sobre la víctima, sino un impacto social, que, además, se ve diferenciado por el género.

La Corte Interamericana consideró que, de lo anterior, se desprende un deber estatal de desarrollar una política integral para la protección de periodistas, ya que los Estados deben garantizar que estos gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, pues el ejercicio periodístico solo puede efectuarse libremente cuando las personas que lo realizan no son víctimas de amenazas ni de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento.

En vista de los hechos analizados, junto con el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional realizado por el Estado —y, en particular, su expreso reconocimiento de la violación de los arts. 5, 11, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, así como de los arts. 1, 6 y 8 de la CIPST—, la Corte Interamericana concluyó que la falta de investigación de las amenazas recibidas por Bedoya al menos desde 1999 (año en el que consta probado que fueron puestas en conocimiento del Estado) había constituido una violación de los derechos de Bedoya a los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en conexión con sus arts. 1.1, 5.1, 11 y 13.

Asimismo, en vista de las circunstancias en las que tuvieron lugar las violaciones y del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional realizado por el Estado sobre este particular, la Corte Interamericana concluyó que había habido una violación de los arts. 1, 6 y 8 de la CIPST. Por último, y también ante el reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado, la Corte

Interamericana concluyó que la falta de investigación del ataque dirigido hacia Bedoya en la que resultó herida su madre, Luz Nelly Lima, también suponía la violación de los arts. 5, 11, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Lima.

1.3 Derecho a la integridad personal de Luz Nelly Lima, madre de Bedoya

La Corte Interamericana advirtió el impacto especial de los actos de violencia sexual y amenazas sobre la madre de Bedoya. A este respecto, la perita Clara Sandoval abordó el impacto y el daño diferenciado que experimentan las madres de las víctimas de violencia sexual, que deben ser analizados desde una perspectiva de género. Así, explicó que, cuando las víctimas de violencia sexual son estigmatizadas y alienadas, las madres se quedan al lado de sus hijas, lo que aumenta el impacto emocional que las madres sufren y las exponen también a la revictimización y al estigma de la violencia sexual. De hecho, las madres de víctimas de violencia sexual “sufren el temor producto de la nueva violencia, porque el problema con ciertas violencias sexuales es que siempre puede darse el continuo y es que se vuelva a repetir”.

Por eso, la Corte Interamericana consideró que, como consecuencia directa los hechos de violencia en contra de su hija, por acompañarla durante más de dos décadas en su búsqueda de justicia y que los delitos continúen en una impunidad parcial y por las amenazas que incluso a día de hoy recibe su hija, Lima padeció y padece un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral, en violación al art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1.

2. Reparaciones

La sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación. Adicionalmente, la Corte Interamericana ordenó al Estado: a) promover y continuar las investigaciones que sean necesarias para determinar, juzgar y, en su caso, sancionar a los restantes responsables de los actos de violencia y tortura que sufrió Bedoya, así como los actos de amenazas que ha sufrido tanto antes como después de esos hechos y que han sido puestos en conocimiento del Estado, así como a los responsables del ataque recibido por Bedoya y su madre el 27 de mayo de 1999; b) publicar la sentencia; c) garantizar la difusión del programa tras-media “No es hora de callar”, que se transmitirá por el sistema de medios públicos y cuyo contenido comprenda al menos 60 minutos mensuales durante 5 años a contar desde la primera difusión; d) crear e implementar un plan de capacitación y sensibilización a funcionarios públicos, fuerzas de seguridad y operadores de justicia para garantizar que cuenten con los conocimientos necesarios para identificar actos y manifestaciones de violencia contra las mujeres periodistas basadas en el género, protegerlas en situación de peligro e investigar y enjuiciar a los perpetradores; e) crear un centro estatal de memoria y dignificación de todas las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado y del periodismo investigativo, con un reconocimiento específico a la labor de las mujeres periodistas. Debe llevar el nombre Centro Investigativo No Es Hora de Callar y deberá contar con la participación de Bedoya; f) diseñar e implementar un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra periodistas, así como de violencia basada en género contra

mujeres periodistas; g) crear un Fondo, que debe ser destinado a la financiación de programas dirigidos a la prevención, protección y asistencia de mujeres periodistas víctimas de violencia basada en género en el ejercicio de su profesión, así como para la adopción de medidas eficaces de protección para garantizar la seguridad de las mujeres periodistas, y h) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de rehabilitación, daño material, inmaterial y costas.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Bedoya Lima y otra vs. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 26-8-2021, en https://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Derecho a la igualdad ante la ley. Derecho de participar en la vida cultural, en relación con las obligaciones de respeto y garantía sin discriminación. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: la situación de las comunidades indígenas en Guatemala y el sistema de medios de comunicación, según el censo poblacional del 2018, expone que el 43,6 % de la población se autoidentifica como indígena. Conforme a las estimaciones realizadas por los propios pueblos mayas, garífuna y xinka, los indígenas representarían el 65 % de la población. Aproximadamente el 80 % de la población indígena es pobre y la tasa de pobreza extrema entre ellos es tres veces mayor que la de la población no indígena. Los pueblos indígenas en Guatemala enfrentan una situación de discriminación histórica que permea todos los ámbitos y se manifiesta, por ejemplo, en los continuos episodios de discriminación racial en los medios de comunicación. Al respecto, en 1995, esta situación de discriminación histórica fue reconocida por el país en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este acuerdo reconoció la necesidad de favorecer el más amplio acceso a los medios de comunicación por parte de los pueblos indígenas y la más amplia difusión, en idiomas nativos, del patrimonio cultural indígena. En particular, consignó el compromiso de Guatemala de promover “las reformas que sean necesarias en la actual Ley de Radiocomunicaciones con el objetivo de facilitar frecuencias para proyectos indígenas y asegurar la observancia del principio de no discriminación en el uso de los medios de comunicación”, así como “derogar toda disposición del ordenamiento

jurídico que obstaculice el derecho de los pueblos indígenas a disponer de medios de comunicación para el desarrollo de su identidad”.

En lo que respecta a las emisoras de radio licenciadas en Guatemala, hay aproximadamente 424 emisoras de radio FM y 90 de frecuencia AM, de las cuales solo una es una emisora comunitaria indígena. Por otro lado, existen diversas radios comunitarias operadas por pueblos indígenas que no cuentan con licencia del Estado para su funcionamiento. Las radios comunitarias indígenas son sostenidas operativa y financieramente por los mismos miembros de los pueblos, que colaboran a través de contribuciones y trabajo voluntario.

La regulación de la radiodifusión contempla el marco legal para desarrollar las actividades de radiodifusión en Guatemala y establece, particularmente, las formas de aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico y el procedimiento para la adjudicación de frecuencias de radio en el país. El art. 61 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) establece el concurso público como una forma de adjudicación de frecuencias y el art. 62 regula el proceso de subasta pública como medio para obtener el título de usufructo sobre las bandas de frecuencia, que será adjudicada a la persona que ofrezca el mayor precio.

En la sentencia de marzo de 2012, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala consideró que los arts. 1, 2, 61 y 62 de la LGT eran constitucionales y exhortó al Congreso de la República a emitir la normativa correspondiente para regular el acceso de los pueblos indígenas a la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico. Por otra parte, desde 2002, fueron presentados tres proyectos de ley para reformar el marco normativo relacionado con la radiodifusión. En 2009, se presentó otra iniciativa de ley que establecía un procedimiento especial de licencia para garantizar la reserva del espectro radioeléctrico para las radios comunitarias. Sin embargo, esas iniciativas no han sido aprobadas.

En septiembre de 2002, el presidente de Guatemala firmó el Acuerdo Gubernativo 316-2002, que reconoció la existencia de múltiples formas de organización social y autorizó la cesión del uso de 8 frecuencias radioeléctricas de cobertura nacional en banda de amplitud modulada y de 2 de banda de frecuencia modulada a algunas instituciones de la sociedad civil de Guatemala.

El art. 246 del Código Penal de Guatemala, que prevé el tipo penal de hurto, ha sido utilizado para procesar a las personas que operan emisoras de radio sin licencia, con base en que el espectro radioeléctrico es un bien mueble susceptible de apropiación que le pertenece al Estado.

Pese a ello, hay un proyecto de ley pendiente de aprobación por el Congreso de la República, la Iniciativa de Ley n.º 4479, que propone adicionar el art. “219 bis” al Código Penal “para que se sancione a las personas individuales o jurídicas que utilicen el espectro radioelectrónico sin la autorización estatal correspondiente”.

La Radio Ixchel y la Radio Uqul Tinamit, operadas sin autorización por los pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y Maya Achí de San Miguel Chicaj, fueron allanadas por autoridades estatales en el marco de procesos penales. Como consecuencia, sus equipos de transmisión fueron aprehendidos y Anselmo Xunic

Cabrera, entonces coordinador voluntario de la radio Ixchel, y Bryan Cristhofer Espinoza Ixpata, trabajador voluntario de Uqul Tinamit, fueron procesados criminalmente.

Después del allanamiento, la Radio Ixchel suspendió su transmisión por siete meses y los miembros de la comunidad tuvieron que recolectar fondos para comprar un nuevo equipo y volver a transmitir. La Radio Uqul Tinamit, a su vez, dejó de transmitir tras sufrir un segundo allanamiento.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró internacionalmente responsable a la República de Guatemala por la violación de los derechos a la libertad de expresión, a la igualdad ante la ley y a participar en la vida cultural, en relación con las obligaciones de respeto y garantía sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de los pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango, Achí de San Miguel Chicaj, Mam de Cajolá y Mam de Todos Santos Cuchumatán. La decisión se fundó en el marco regulatorio de la radiodifusión en Guatemala. En consecuencia, la Corte Interamericana declaró al Estado de Guatemala responsable por la violación de los arts. 13, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

Asimismo, la Corte Interamericana declaró responsable al Estado por la violación del art. 13.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y Maya Achí de San Miguel Chicaj, como consecuencia de los allanamientos y decomisos de equipos radiales, llevados a cabo en base a la normativa interna de Guatemala y mediante orden judicial.

1. Fondo

1.1 Derecho a la libertad de expresión y los medios de comunicación comunitarios de los pueblos indígenas

La Corte Interamericana recordó que la libertad de expresión constituía una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática y resaltó la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del referido derecho. Citó distintas declaraciones donde se reconocía que la diversidad de los medios de comunicación contribuía a la libertad de expresión.

En vista de la importancia del pluralismo de medios para la garantía efectiva del derecho a la libertad de expresión, y de acuerdo con el art. 2 de la Convención, la Corte Interamericana consideró que los Estados estaban obligados internacionalmente a establecer leyes y políticas públicas para democratizar su acceso y garantizar el pluralismo informativo en las distintas aéreas comunicacionales, tales como la radio. Asimismo, señaló que esta obligación comprendía el deber de los Estados de establecer medidas adecuadas para impedir o limitar la existencia y formación de monopolios y oligopolios. De igual modo, consideró que la referida obligación estatal implicaba necesariamente un derecho de los pueblos indígenas a verse representados en los distintos medios de comunicación, especialmente en virtud de sus particulares modos de vida, de sus relaciones comunitarias y de que, en este caso, la mayoría de los habitantes se identifican como parte de pueblos originarios.

La Corte Interamericana indicó que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se realizaba individualmente por cada persona que emitía una opinión o transmitía una información, pero también se manifestaba colectivamente, debido a la particular forma de organización de las comunidades indígenas. Asimismo, reconoció que, en efecto, la dimensión colectiva de la libertad de expresión para los pueblos indígenas era fundamental para la realización de otros de sus derechos.

La Corte Interamericana consideró que existía un derecho de los pueblos indígenas a fundar y utilizar sus propios medios de comunicación, con base en el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, pero también en razón de los derechos de los pueblos indígenas a la no discriminación, a la libre determinación y sus derechos culturales.

En cuanto a la definición de radio comunitaria, la Corte Interamericana reconoció que no tenían ánimo de lucro, eran administradas por la comunidad y servían a los intereses de esa comunidad. Según la Asociación Mundial de Radios Comunitarias, la esencia de la radio comunitaria “es la participación de la comunidad tanto en la propiedad del medio, como en la programación, administración, operación, financiamiento y evaluación”. Además, son “medios independientes y no gubernamentales, que no realizan proselitismo religioso ni son de propiedad o están controlados o vinculados a partidos políticos o empresas comerciales”.

En otro orden de ideas, la Corte Interamericana reconoció que, más allá de posibilitar a los pueblos indígenas participar más plenamente en el discurso público, las radios comunitarias eran herramientas esenciales para la conservación, la transmisión y el desarrollo continuo de las culturas y las lenguas indígenas. En efecto, la Corte Interamericana observó que, a título de ejemplo, la Radio Ixchel, operada por el pueblo Maya Kaqchikel de Sumpango, había sido fundada en 2003 y se caracterizaba por transmitir programas de debate, de niños, de impulso de su música y de la salud. Por su parte, la Radio Xob’il Yol Qman Txun, operada por el pueblo Maya Mam de Todos Santos Cuchumatán, fundada en junio del 2000, tenía como objetivo principal contribuir a la construcción y consolidación de una sociedad integrada con el mundo sin perder su pasado, desde sus propios valores, recursos y potencialidades de desarrollo y progreso humano. El 90 % de su programación era en el idioma mam.

1.2 Regulación de la radiodifusión

La Corte Interamericana subrayó que la regulación debía garantizar una radiodifusión plural, diversa, incluyente e independiente. Además, para asegurar el goce del derecho a la libertad de expresión a un mayor número de personas o sectores sociales y la mayor circulación de opiniones e informaciones, consideró que la regulación tenía que ser clara, transparente y democrática.

La Corte Interamericana consideró que, para garantizar el derecho a la libertad de expresión, los Estados debían adoptar medidas que permitieran el acceso al espectro radioeléctrico a distintos medios de comunicación. Esta obligación estatal se materializa mediante la adopción de medidas que posibiliten el acceso al espectro radioeléctrico de las radios comunitarias, especialmente a las comunidades indígenas,

porque constituyen grupos étnicamente diferenciados que se encuentran en una situación de marginación y exclusión social derivada de la pobreza y la discriminación.

1.3 Derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida cultural y su relación con la radiodifusión

La Corte Interamericana examinó el derecho a participar en la vida cultural de las comunidades indígenas bajo la perspectiva de la alegada violación al art. 26 de la Convención y a partir de la intersección de ese derecho con el derecho a la libertad de expresión y el papel de la radio comunitaria como instrumento de realización de estos derechos. Al respecto, tal como afirmó la Corte Interamericana en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, consideró que el derecho a participar en la vida cultural incluía el derecho a la identidad cultural. En igual sentido, recordó declaraciones y recomendaciones emitidas por mecanismos convencionales, que señalaban el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Asimismo, hizo mención al convenio 169 de la OIT, que enuncia el derecho a la cultura e identifica su importancia para los pueblos indígenas, incluida la protección de las lenguas indígenas.

De igual manera, la Corte Interamericana indicó que el acceso a medios de comunicación y la posibilidad de fundarlos era un elemento inherente de la participación en la vida cultural de los pueblos indígenas, que les permitía conocer sus propias culturas y contribuir con ellas en su propio idioma.

Sobre el particular, la Corte Interamericana destacó que el acceso a sus propias radios comunitarias, como vehículos de la libertad de expresión de los pueblos indígenas, resultaba un elemento indispensable para promover la identidad, el idioma, la cultura, la autorrepresentación y los derechos colectivos y humanos de estos pueblos. Por ende, consideró que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a participar en la vida cultural estaban íntimamente conectados.

1.4 Alegadas violaciones de los derechos a la libertad de expresión, a la igualdad ante la ley y a participar en la vida cultural

Dada la discriminación histórica a la que están sometidos los pueblos indígenas en Guatemala, la Corte Interamericana consideró que el Estado tenía la obligación de “corregir las desigualdades existentes” y “promover la inclusión y la participación” de estos pueblos. Además, señaló que el Estado debía tomar las medidas necesarias para asegurar el acceso a frecuencias radioeléctricas a los pueblos indígenas, con el propósito de garantizar la igualdad material frente a otros segmentos sociales.

Por otro lado, la Corte Interamericana notó que el Acuerdo Gubernativo 316-2002 no había sido un instrumento adecuado para garantizar el acceso a frecuencias radiales de los pueblos indígenas y que el espectro radiofónico estaba dominado por un grupo reducido de corporaciones. En igual sentido, la Corte Interamericana observó que la mayoría de las comunidades indígenas en Guatemala, debido a su situación de pobreza, exclusión social y discriminación, no poseían condiciones económicas y técnicas para competir en pie de igualdad con los aspirantes de emisoras de radio comerciales, a los cuales la ley favorecía indirectamente. De ese modo, determinó que Guatemala debía haber adoptado las medidas necesarias para revertir los factores de desventaja de los pueblos indígenas y posibilitarles de hecho el acceso al espectro radioeléctrico.

Visto lo anterior, la Corte Interamericana consideró que los pueblos Maya Kaqchikel de Sumpango, Achí de San Miguel Chicaj, Mam de Cajolá y Mam de Todos Santos Cuchumatán no habían tenido canales institucionales para ejercer de manera significativa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para recibir información. Esta carencia impide la participación plena de las comunidades indígenas en una sociedad democrática y perpetúa su exclusión. Paralelamente, la Corte Interamericana indicó que esta marginación había privado a la sociedad guatemalteca de conocer los intereses, las opiniones y las necesidades de estas comunidades.

Por lo tanto, la Corte Interamericana determinó que la forma en la cual estaba regulada la radiodifusión en Guatemala implicaba una prohibición de facto, casi absoluta, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los pueblos indígenas en cuanto a fundar y utilizar medios de comunicación para difundir información, ideas y opiniones que les afecten y generar debates. Así, la Corte Interamericana consideró que la regulación de la radiodifusión en Guatemala, representada especialmente por la LGT, generaba una restricción no convencional al derecho a la libertad de expresión de los pueblos indígenas, en particular, de las presuntas víctimas de este caso.

Ante todo lo expuesto, la Corte Interamericana consideró que, en virtud del marco regulatorio concerniente a la radiodifusión en Guatemala, el Estado era responsable por la violación de los derechos a la libertad de expresión, a la igualdad ante la ley y a participar en la vida cultural, establecidos en los arts. 13, 24 y 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respecto y garantía y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenidos en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango, Achí de San Miguel Chicaj, Mam de Cajolá y Mam de Todos Santos Cuchumatán.

Dado que los allanamientos a las radios Ixchel y Uqul Tinamit y los enjuiciamientos de algunos de sus operadores constituyeron una restricción al derecho a la libertad de expresión de los pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y Maya Achí de San Miguel Chicaj, la Corte Interamericana analizó si esa restricción había sido legítima a la luz de los requisitos exigidos por el art. 13.2 de la Convención Americana para establecer responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión.

En cuanto a los requisitos de legalidad y finalidad, la Corte Interamericana sostuvo que la aplicación de la figura penal de hurto para las personas que operan las radios comunitarias indígenas resultaba inadecuada, ya que parece confundir el uso del espectro radioeléctrico con la apropiación. Así, al aplicarse el tipo de hurto, la Corte Interamericana consideró que se incurría en una integración analógica, lo que es contrario a la Convención Americana. Por lo tanto, en vista de que no existe una “tipificación clara y precisa de la conducta”, es decir, de utilizar una frecuencia radioeléctrica sin licencia de las autoridades estatales, la Corte Interamericana encontró que no se cumplía el requisito de estricta legalidad. Por otra parte, señaló que la persecución penal de los operadores de las radios comunitarias indígenas no respondía a ninguna de las finalidades previstas en la Convención, sino que, por el

contrario, los allanamientos y los procesamientos penales vulneraban los derechos de los pueblos indígenas a la libertad de expresión y a participar en la vida cultural.

En lo que respecta al examen de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la restricción de la libertad de expresión, la Corte Interamericana consideró imperioso tomar en cuenta que: (a) el derecho a la libertad de expresión de los pueblos indígenas abarcaba su derecho a fundar y operar radios comunitarias; (b) la legislación que regula la radiodifusión en Guatemala impedía, en la práctica, que las comunidades indígenas Maya Kaqchikel Sumpango y Achí de San Miguel Chicaj tuvieran acceso al espectro radioeléctrico de forma legal, y (c) el Estado no había dirigido esfuerzos legislativos o de otra índole para reconocer a esas radios comunitarias y asegurar que los referidos pueblos indígenas pudieran operar sus emisoras.

En cuanto a la idoneidad de la vía penal para lograr la finalidad perseguida, la Corte Interamericana concluyó que la persecución penal de las radios comunitarias indígenas era innecesaria. Argumentó que el Estado podía haber empleado medios menos lesivos que los previstos por el derecho penal, que asegurarían la misma finalidad, pero afectarían de forma menos gravosa a las comunidades indígenas.

2. Tomando en cuenta todo lo anterior, la Corte Interamericana encontró que los actos llevados a cabo por el Estado, en detrimento de los pueblos Maya Kaqchikel y Achí, no solo habían derivado de una situación de ilegalidad indirectamente generada por el propio Estado, sino que también habían implicado un sacrificio absoluto del derecho a la libertad de expresión de esos pueblos.

Por ende, la Corte Interamericana consideró que la persecución penal había sido desproporcionada y que los allanamientos y decomisos de equipos de las radios Ixchel y “La Voz del Pueblo” configuraban acciones ilegítimas y restricciones al derecho a libertad de expresión contrarias a la Convención. En virtud de lo expuesto, concluyó que el Estado era responsable por la violación del art. 13.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y Maya Achí de San Miguel Chicaj.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que su sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación.

Asimismo, ordenó al Estado de Guatemala las siguientes medidas de reparación integral:

a) Medidas de satisfacción: 1) adoptar las medidas necesarias para que las comunidades indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango, Achí de San Miguel Chicaj, Mam de Cajolá y Mam de Todos Santos Cuchumatán puedan operar libremente sus radios comunitarias y 2) la publicación y difusión de la sentencia y su resumen oficial.

b) Garantías de no repetición: 1) adecuar la normativa interna con fines de reconocer a las radios comunitarias como medios diferenciados de comunicación, particularmente las radios comunitarias indígenas; 2) reglamentar su operación mediante un procedimiento sencillo para la obtención de licencias; 3) reservar parte

del espectro radioeléctrico para las radios comunitarias indígenas; 4) abstenerse de enjuiciar criminalmente a los individuos que operan emisoras comunitarias indígenas, de allanar esas radios y de aprehender sus equipos de transmisión, hasta que se hayan asegurado mecanismos legales para el acceso de las comunidades al espectro radioeléctrico y asignado las frecuencias correspondientes, y 5) eliminar las condenas vinculadas al uso del espectro radioeléctrico.

c) Indemnizaciones compensatorias: pagar las sumas monetarias fijadas en la sentencia con motivo de la compensación por los equipos de transmisión aprehendidos, en concepto de indemnización por daño material y daño inmaterial y por el pago de costas y gastos.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs Guatemala*, sentencia del 6-10-2021, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_440_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la libertad personal, a la integridad personal y a las garantías. Obligación de respetar los derechos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los hechos de este caso, ocurridos a partir de finales de 1998, involucran a distintas personas integrantes de la familia González, pertenecientes al pueblo indígena wayú y residentes en Maracaibo, Venezuela.

En noviembre de 1998, Belkis, María Angélica y Fernando González fueron detenidos por autoridades policiales por ser sospechosos de haber participado en el homicidio de C. F.

En diciembre de ese año, Fernando y María Angélica González solicitaron al Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de Zulia que, en caso de corresponder una medida privativa de libertad, se les concediera el beneficio del sometimiento a juicio o el de libertad provisional bajo fianza. Días después, el juzgado dictó un auto de detención.

El representante legal de Fernando, Belkis y María Angélica González solicitó que fueran transferidos al Centro de Arrestos y Detenciones Preventivas de El Marite. El mismo día, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de Zulia ordenó al director de la Cárcel Nacional de Maracaibo designar un lugar destinado a la reclusión de las víctimas para resguardar su seguridad personal y su integridad física.

Belkis y María Angélica fueron ingresadas en una sección de seguridad, mientras que Fernando se ubicó en la enfermería. Más adelante, los dos primeros fueron recluidos en una celda de aislamiento, que presentaba condiciones inadecuadas. A fines de diciembre de 1998, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de Zulia dispuso que Fernando González fuera trasladado al Centro de Arrestos y Detenciones Preventivas de El Marite. Belkis y María Angélica González permanecieron en la Cárcel Nacional de Maracaibo.

En enero de 1999, detuvieron a Wilmer Antonio Barliza González, Luis Guillermo González y Olimpiades González. Luego de que se denunciara un tiroteo, agentes policiales ingresaron a la residencia en que ellos se encontraban. Hallaron armas y concluyeron que podían haber participado en el homicidio de C. F. En febrero de 1999, los tres detenidos solicitaron ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de Zulia que se los sometiera a juicio o que se ordenara su libertad provisional bajo fianza. Días después, se dispuso su prisión preventiva y el traslado a la Cárcel Nacional de Maracaibo. En marzo de 1999, el juzgado ordenó la transferencia de los tres detenidos al Centro de Arrestos y Detenciones Preventivas de El Marite, debido a que ellos habían recibido amenazas.

En segunda instancia, en abril de 1999, el Juzgado Superior Noveno en lo Penal revocó el auto de detención de Olimpiades González y Luis Guillermo González y ratificó la detención preventiva de Wilmer Antonio Barliza.

Por otra parte, el 1 de julio de ese año, entró en vigencia un nuevo Código Procesal Penal.

Poco después, la Fiscalía Cuarta del Ministerio Público presentó una acusación formal en contra de Wilmer Antonio Barliza González, Fernando González, María Angélica González y Belkis Mirelis González por los delitos de homicidio y portación ilícita de armas.

En agosto de 1999, los cuatro detenidos presentaron una medida cautelar sustitutiva de la privación de libertad. Alegaron, entre otros argumentos, la ausencia de peligro de fuga y obstaculización de la actuación judicial, conforme a los arts. 260 y 261 del nuevo Código Orgánico Procesal Penal. El Juzgado Noveno de Control resolvió admitir la acusación y mantener la detención preventiva.

En septiembre de 1999, el Tribunal Mixto de Juicio de Primera Instancia en lo Penal dictó sentencia absolutoria a favor de Fernando González, María Angélica González, Belkis Míreles González y Wilmer Antonio Baliza González, y ordenó su inmediata liberación. En octubre del mismo año, la sentencia absolutoria quedó firme.

En mayo de 2001, Fernando González, María Angélica González, Wilmer Barliza y Belkis González solicitaron una indemnización ante el Tribunal de Juicio n.º 2. Alegaron haber sufrido una privación de la libertad arbitraria durante el proceso penal en su contra. En agosto de ese año, el mismo tribunal emitió una decisión a su favor. En octubre, la Fiscalía General de la Nación apeló la decisión. En noviembre, la Sala n.º 3 de la Corte de Apelaciones anuló la decisión del Tribunal de Juicio n.º 2, por considerar que había interpretado erróneamente normas procesales.

Por otra parte, en septiembre de 2001, Olimpiades González fue víctima de un atentado contra su vida y denunció lo sucedido ante la Fiscalía del Ministerio Público. Solicitó medidas de protección, que le fueron otorgadas durante dos meses. En enero de 2002, manifestó que las rondas policiales no cumplían lo establecido. En junio de ese año, se decretó el archivo de la investigación, pues no se logró identificar al autor del presunto delito. En marzo de 2004, González solicitó la reapertura de la investigación e indicó que una de las personas responsables de los hechos de septiembre de 2001 era R. M. En julio del mismo año, se dictó una orden de detención en contra R. M. El 11 de diciembre de 2006, Olimpiades González recibió tres disparos por la espalda y falleció horas más tarde. Ese día, las autoridades iniciaron la investigación por su muerte. La persona sospechada está prófuga y la causa permanece abierta.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró internacionalmente responsable a la República Bolivariana de Venezuela por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a las garantías judiciales, en perjuicio de Belkis González, María Angélica González, Fernando González, Wilmer Antonio Barliza González, Luis Guillermo González y Olimpiades González. También determinó la vulneración de las garantías judiciales en perjuicio de Aura González. La Corte Interamericana declaró que Venezuela era responsable por la violación de los arts. 7.1, 7.2, 5.1 y 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1, respecto de las personas nombradas, que fueron privadas de su libertad.

Asimismo, determinó que el Estado era responsable por la violación de los arts. 7.3 y 8.2 de la Convención, en relación con sus arts. 1.1 y 2, respecto a las mismas personas.

Igualmente, declaró que el Estado era responsable por la violación de los arts. 7.1 y 7.6 de la Convención en perjuicio de Wilmer Antonio Barliza González, Fernando González, María Angélica González y Belkis Mirelis González; así como del art. 8.1, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de María Angélica González, Belkis Mirelis González, Fernando González, Luis Guillermo González, Wilmer Antonio Barliza González y Aura González.

Finalmente, la Corte Interamericana determinó que el Estado era responsable por la violación a los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con su art. 1.1 y con el 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de María Angélica González y Belkis Mirelis González.

1. Fondo

Derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial

De conformidad con la normativa interna vigente al momento de los hechos, la detención de una persona procedía en los siguientes supuestos: a) delito flagrante, b) orden de autoridad competente, y c) por autoridades de policía por razones de “necesidad o urgencia”. En este caso, no resultaban relevantes las primeras dos circunstancias. En cuanto a la tercera, la Corte Interamericana advirtió que los funcionarios policiales habían tenido en cuenta la existencia de un hecho punible y

afirmado contar con elementos para vincularlo con los detenidos. No obstante, las actuaciones policiales no demuestran que se hubiera presentado una situación de necesidad o urgencia que justificara las detenciones. Por eso, la Corte Interamericana concluyó que las detenciones analizadas habían sido ilegales.

En cuanto a las privaciones preventivas de la libertad, la Corte Interamericana recordó que, para no resultar arbitrarias ni contravenir el principio de presunción de inocencia, debían estar sustentadas no solo en indicios de responsabilidad penal, sino también en finalidades legítimas compatibles con la Convención Americana: procurar que la persona acusada no impida el desarrollo del procedimiento ni eluda la acción de la Justicia.

En este caso, no obstante, en aplicación del art. 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal entonces vigente, estas finalidades no fueron acreditadas. Ese artículo permitía que se dispusiera la privación preventiva de la libertad con base en indicios de responsabilidad penal, pero no exigía que se acreditaran las finalidades antes señaladas. Por eso, la Corte Interamericana determinó que las privaciones preventivas de la libertad habían sido arbitrarias y contrarias al principio de presunción de inocencia. También concluyó que el Estado, al respecto, había incumplido su deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

La Corte Interamericana notó también que, en agosto de 1999, luego de que fuera modificado el régimen procesal, el órgano judicial interviniente había rechazado una solicitud de medida sustitutiva de la privación de libertad presentada a favor de Wilmer Antonio Barliza González, Fernando González, María Angélica González y Belkis Mirelis González. Ese órgano judicial no expuso una motivación que sustentara la presentación de las causales de peligro de fuga y de obstaculización de las investigaciones, pese a que su ausencia había sido alegada en la solicitud. Por ello, la Corte Interamericana declaró que, en perjuicio de las cuatro personas aludidas, el Estado había violado el derecho a recurrir la legalidad de sus detenciones.

1.2 Derecho a la integridad personal y prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes

La Corte Interamericana recordó que alojar personas procesadas junto a personas condenadas implicaba inobservar una salvaguarda al derecho a la integridad personal expresamente mandada por la Convención Americana. Además, significaba, a los procesados, el trato de personas cuya responsabilidad penal fue debidamente determinada, lo que afecta el principio de presunción de inocencia. En este caso, las víctimas estuvieron privadas de la libertad preventivamente en la Cárcel Nacional de Maracaibo junto con personas condenadas. Por eso, Venezuela violó sus derechos a la integridad personal y a la presunción de inocencia.

Además, María Angélica González y Belkis González permanecieron varios meses en una celda de aislamiento en condiciones inadecuadas. La Corte Interamericana entendió que ese hecho había constituido un trato cruel o inhumano.

1.3 Derecho a la protección judicial

La Corte Interamericana recordó, en relación con el art. 25.1 de la Convención, que es obligación de los Estados parte garantizar un recurso judicial sencillo, rápido

y efectivo, ante juez o tribunal competente, contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. En este caso, advirtió que las víctimas habían presentado una solicitud de indemnización por haber sufrido una privación de libertad arbitraria, que fue acogida en primer término, y, luego de ser apelada, anulada, con el argumento de que la primera decisión había sido adoptada mediante una interpretación errónea de normas procesales. La Corte Interamericana entendió que las víctimas no habían visto satisfecho su reclamo indemnizatorio, pero no que el Estado, por medio de su sistema jurídico interno o por otros motivos, hubiera impedido el acceso de esas personas a los recursos judiciales. Por eso, determinó que no había habido una violación del derecho a la protección judicial.

1.4 Derechos a la vida, a la integridad personal y a las garantías judiciales en relación con las agresiones contra Olimpiades González y su muerte

La Corte Interamericana señaló que, para establecer en un caso concreto la responsabilidad estatal por un incumplimiento al deber de prevenir violaciones a derechos humanos, debe verificarse: a) que las autoridades estatales sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida y/o integridad personal de un individuo o grupo de individuos determinado, y b) que tales autoridades no adoptaron las medidas necesarias, dentro del ámbito de sus atribuciones, que podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.

En este caso, la Corte Interamericana notó que el Estado había dispuesto protección policial a favor de Olimpiades González. Además, advirtió que no constaba que, entre 2004 y 2006, las autoridades estatales tomaran conocimiento de atentados contra González. Por lo tanto, concluyó que, en relación con el homicidio de González, cometido por un particular en diciembre de 2006, el Estado no había incumplido su deber de prevenir violaciones a los derechos a la vida y la integridad personal.

Por otro lado, la Corte Interamericana estableció, con respecto a la investigación por la muerte de Olimpiades González, que había existido una falta de actuación en un plazo razonable. Argumentó que habían transcurrido más de 15 años desde que se inició la investigación, sin que haya concluido ni que el Estado haya brindado información sobre actuaciones de investigación diligentes.

2. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que su sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación. Además, ordenó las siguientes medidas de reparación integral: a) obligación de investigar: el Estado deberá continuar y concluir, en un plazo razonable, las investigaciones y procesos penales para juzgar y sancionar a los responsables de la muerte de Olimpiades González; b) medidas de rehabilitación: el Estado deberá pagar una suma de dinero para que María Angélica González, Belkis Mirelis González, Fernando González y Luis Guillermo González puedan costear los tratamientos vinculados con los padecimientos físicos, psicológicos y/o psiquiátricos sufridos; c) medidas de satisfacción: el Estado deberá publicar el resumen oficial del fallo en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la sentencia en su integridad en un sitio web oficial. Asimismo, debe difundir, a través de una emisora radial de amplia cobertura, que alcance a toda la extensión de la ciudad

de Maracaibo, el resumen oficial de la sentencia en español y en lengua wayú; d) indemnizaciones compensatorias: el Estado deberá pagar las cantidades fijadas en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y e) reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas: El Estado deberá reintegrar la suma erogada por el uso del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Belkis González y otros vs. Venezuela* (fondo y reparaciones), sentencia del 20-9-2021, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_436_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia. Derecho a las garantías judiciales, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley. Derecho a la vida, a la salud y a la vida privada. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: la Corte Interamericana constató que, desde que entró en vigor la penalización absoluta del aborto en El Salvador, se ha criminalizado a mujeres que sufrieron abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas. En muchos casos, estas mujeres fueron condenadas por homicidio agravado y no por aborto, por lo que la condena es de entre 30 y 50 años de prisión. La Corte Interamericana advirtió que la mayoría de las mujeres procesadas tenían escasos o nulos ingresos económicos y baja escolaridad y provenían de zonas rurales o urbanas marginales. Además, es frecuente que las denuncias sean presentadas por el personal médico de la institución de salud donde estaba siendo atendida la mujer.

Los hechos de este caso se enmarcan en ese contexto. Manuela era una mujer de escasos recursos económicos, analfabeta y vivía en una zona rural junto con su familia. Entre 2006 y 2007, sufrió de diversos padecimientos de salud, incluido el desarrollo de varios nódulos en el cuello.

En 2008, estaba embarazada. Sufrió una fuerte caída que le produjo una lesión en la zona pélvica. El dolor lumbopélvico fue aumentando en intensidad y duración, y derivó en un sangrado vaginal. Al día siguiente, su madre la encontró en su cuarto pálida, sangrando por la vagina, sudada e inconsciente. El padre de Manuela la llevó al hospital de San Francisco Gotera.

Ingresó de emergencia al Hospital Nacional de San Francisco Gotera. En los registros de la institución consta que Manuela tuvo un “parto extrahospitalario, retención de placenta y desgarro perineal”. El personal médico concluyó que había tenido una preeclampsia grave postparto, más anemia producida por pérdida de sangre.

El mismo día que Manuela ingresó al hospital, la médica que la atendió presentó una denuncia en su contra. La policía interrogó a la denunciante y allanaron la vivienda donde residía Manuela y su familia. En esa diligencia, se encontró en el interior de una fosa séptica un cuerpo de un recién nacido muerto, y el padre de Manuela presentó una denuncia en contra de su hija. Posteriormente, el padre señaló que los policías lo presionaron y amenazaron para que pusiera su huella.

Manuela fue detenida en flagrancia, mientras se encontraba recibiendo asistencia médica en el Hospital Nacional de San Francisco Gotera, por el delito de homicidio en perjuicio de su hijo recién nacido. Fue esposada a la camilla. El mismo día se le designó un defensor público.

El jefe de la Unidad del Menor y la Mujer de la Fiscalía de Morazán solicitó una copia de la ficha clínica de Manuela al director del hospital, que envió una transcripción de la historia clínica en la que aparece una sección de antecedentes personales relativos a su vida sexual y reproductiva. La Fiscalía General de la República requirió la instrucción formal, con detención provisional de Manuela, por el delito de homicidio agravado en perjuicio de un recién nacido. El Juzgado de Paz de Cacaopera decretó su detención y, en la audiencia inicial, consideró que existían elementos de juicio suficientes para ordenar la instrucción formal con detención provisional.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia de San Francisco Gotera dictó el auto contra Manuela por el delito de homicidio agravado, convocó a audiencia preliminar y ratificó la medida cautelar de prisión preventiva. El mismo día, fue dada de alta y llevada a la Delegación de la Policía Nacional Civil de Morazán, donde permaneció recluida hasta su traslado al Centro Penal de la Ciudad de San Miguel.

El 7 de julio de 2008, se realizó la audiencia preliminar. Treinta minutos antes del inicio, el defensor de Manuela solicitó ser sustituido, ya que tenía otra audiencia en otro tribunal. El Juzgado Segundo de San Francisco Gotera decretó auto de apertura a juicio y ratificó la prisión preventiva. Unos días más tarde, el defensor solicitó su absolución. Argumentó que, pese a que se había demostrado la existencia del delito, no había claridad sobre las circunstancias del hecho.

El 11 de agosto de 2008, el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera condenó a Manuela a 30 años de prisión por el delito de homicidio agravado. El tribunal consideró que: 1) el recién nacido vivió de diez a quince minutos y murió por asfixia mecánica por obstrucción de la vía aérea superior, por las “heces en las que fue arrojado”; 2) el recién nacido “tuvo vida independiente y existencia legal”; 3) “ha existido en el hecho la relación causal justamente por la inmediata sucesión temporal que existió entre la acción de desprenderse del recién nacido para privarlo de su vida y el resultado obtenido como fue la muerte misma”; 4) el ahora fallecido era hijo de Manuela, y 5) “la imputada, al dar varias versiones inconsistentes e inverosímiles

a la luz de la lógica y la medicina, ha creado en la mente del juzgador las posibles motivaciones que aquella tuvo para tratar de ocultar el hecho que había cometido, primero, sabía de su embarazo y que este era producto de una infidelidad, pues era casada; por lo que, teniendo capacidad de elección por tenerlo, cuidarlo, alimentarlo y vivir por él como naturalmente lo haría cualquier madre biológica, optó por un comportamiento contrario a la naturaleza misma y a las exigencias del ordenamiento jurídico al que estamos sometidos, y así esperó dar a luz al bebé para deshacerse de él arrojándolo a la fosa séptica”. La sentencia quedó firme el 26 de agosto de 2008, ya que no se presentó ningún recurso en su contra.

El 6 de febrero de 2009, cuando estaba detenida, Manuela fue atendida en el Hospital Nacional Rosales. Seis días después le diagnosticaron linfoma de Hodgkin con esclerosis nodular y recibió tratamiento de forma inconsistente. Fue ingresada al Pabellón de Reos del Hospital Nacional Rosales, donde falleció el 30 de abril de 2010.

En 2011, los representantes presentaron un recurso de revisión contra la sentencia. El 22 de enero de 2012, el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera declaró inadmisibile el recurso de revisión.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró internacionalmente responsable a la República de El Salvador por la violación de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia, de conformidad con los arts. 7.1, 7.3 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidos en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Manuela. Además, resolvió que el Estado era responsable por la violación del derecho a la defensa, el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, la presunción de inocencia, el deber de motivar, la obligación de no aplicar la legislación de forma discriminatoria, el derecho a no ser sometida a penas crueles, inhumanas o degradantes y la obligación de garantizar que la finalidad de pena privativa de la libertad sea la reforma y la readaptación social de las personas condenadas, de conformidad con los arts. 8.1, 8.2, 8.2.d, 8.2.e, 24, 5.2 y 5.6 de la Convención, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidas en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

Asimismo, la Corte Interamericana declaró responsable al Estado por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la vida privada, a la igualdad ante la ley y a la salud, de conformidad con los arts. 4, 5, 11, 24 y 26 de la Convención, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidos en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el art. 7.a) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

1. Excepciones preliminares y consideración previa

El Estado presentó dos excepciones preliminares, que fueron rechazadas. En primer lugar, la Corte Interamericana advirtió que los alegatos del Estado respecto a la alegada extemporaneidad de la petición no habían sido presentados en el momento procesal oportuno, durante la etapa de admisibilidad de la petición ante la Comisión Interamericana. Por otra parte, la Corte Interamericana consideró que la Comisión había cumplido con lo requerido por el art. 35.1.c del Reglamento, al señalar, en la carta de sometimiento, que “no se cuenta con información sobre avances sustantivos en el cumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo”.

Además, el Estado argumentó que el contexto fáctico alegado por los representantes no formaba parte del marco fáctico. Al respecto, la Corte Interamericana constató que el informe de fondo de la Comisión incluía como contexto la penalización del aborto en El Salvador y el efecto que había traído en casos de emergencias obstétricas y de infanticidios.

De este modo, la Corte Interamericana decidió tomar en cuenta tal contexto, así como los hechos presentados por los representantes que lo explicaran y aclararan su relación con este caso.

2. Fondo

2.1 Derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia

La Corte Interamericana sostuvo que la resolución que había ordenado la detención provisional de Manuela no fundamentaba de manera objetiva la posibilidad de que obstaculizara el proceso. La imposición de esta medida cautelar se basó también en que el hecho habría causado alarma social en la comunidad donde la mujer residía, lo cual resulta contrario a la lógica cautelar, ya que no se refiere a las condiciones particulares de la persona imputada, sino a valoraciones subjetivas y de índole política, que no deberían ser parte de la fundamentación de una orden de prisión preventiva. En este sentido, al no haberse motivado la decisión en circunstancias objetivas que acreditaran el peligro procesal, la prisión preventiva había vulnerado la Convención Americana. La Corte Interamericana determinó, además, que la falta de análisis sobre la necesidad de mantener la prisión preventiva constituía una violación adicional de la Convención.

Por otra parte, la Corte Interamericana acreditó que la legislación procesal penal establecía la detención provisional obligatoria para cierto tipo de delitos y permitía al juez tomar en cuenta factores externos a la persona imputada, como la alarma social que la comisión del delito hubiera generado. Al respecto, aclaró que estas consideraciones residen en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, que no son fundamentaciones válidas para las prisiones preventivas.

La Corte Interamericana concluyó que la imposición de la prisión preventiva había sido arbitraria y había violado el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de Manuela.

2.2. Derechos a las garantías judiciales, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley

En el marco del proceso penal seguido contra Manuela, la Corte Interamericana analizó el derecho a la defensa; la utilización de estereotipos de género y las garantías judiciales, y la pena impuesta.

La Corte Interamericana determinó que la defensa pública había actuado en detrimento de los derechos e intereses de Manuela y la había dejado en estado de indefensión. Así, consideró que el abogado defensor había solicitado ser sustituido treinta minutos antes de la audiencia preliminar, y que la defensa técnica de Manuela solo había presentado alegatos respecto a un error de forma de unas declaraciones ofrecidas por la fiscalía y no había hecho mención a la supuesta responsabilidad penal de Manuela, ni, por ejemplo, pedido el sobreseimiento. Además, la Corte Interamericana resaltó que la defensa no había ofrecido pruebas que pudieran demostrar que lo ocurrido al recién nacido había sido un accidente, ni solicitó la realización de otras pericias para confirmar que hubiese nacido vivo. Asimismo, las consecuencias negativas de la mínima actividad probatoria desplegada por la defensa se habían visto incrementadas por la decisión de no ofrecer al juzgado la declaración de Manuela. En este caso, dado que la defensa no había aportado prueba de descargo, renunciar a la declaración de Manuela y de la madre, ofrecida inicialmente, implicaba reconocer los hechos tal cómo los planteaba la fiscalía y, por ende, que la imputada se enfrentase a una condena de al menos 30 años. En este sentido, la Corte Interamericana resaltó que la defensa pública no había presentado ningún recurso contra la condena, pese a que estaban disponibles los recursos de casación y de revisión.

Por otro lado, la Corte Interamericana entendió que, desde las primeras etapas de la investigación, se había presumido la culpabilidad de Manuela y se había eludido determinar la verdad de lo ocurrido y tomar en cuenta los elementos probatorios que podrían desvirtuar esa tesis. El principio de presunción de inocencia implicaba que las autoridades internas debían abarcar todas las líneas lógicas de investigación, incluida la posibilidad de que la muerte del recién nacido no hubiese sido causada por Manuela.

Sobre este punto, la Corte Interamericana resaltó que el estado de salud de Manuela no había sido tomado en cuenta en la investigación. Advirtió que fue diagnosticada con preeclampsia grave, la cual puede causar un parto precipitado y aumenta el riesgo de mortalidad y morbilidad perinatal, desprendimiento placentario, asfixia y muerte fetales intrauterinas; sufrió de hemorragia postparto ocasionada por la retención de placenta y los desgarros en el canal de parto, que posiblemente implicó que se encontrara en un estado que le imposibilitaba atenderse a ella misma o poder atender a alguien más; tenía unos bultos visibles en el cuello, que posteriormente fueron diagnosticados como linfoma de Hodgkin, y pudieron haber contribuido al surgimiento de anemia, lo que puede causar parto prematuro.

Esta falencia en la investigación, además, se vio estimulada por los prejuicios de los investigadores en contra de Manuela por no cumplir con el estereotipo de madre abnegada que debe proteger a sus hijos. En particular, una investigadora realizó manifestaciones que exteriorizaban un claro prejuicio sobre la culpabilidad de Manuela, basadas en estereotipos que condicionan el valor de una mujer a ser madre

y, por lo tanto, asumen que las mujeres que deciden no serlo valen menos. En este sentido, además, se impone a las mujeres la responsabilidad de priorizar el bienestar de sus hijos sin importar las circunstancias.

Además, en la motivación de la sentencia condenatoria, no se estableció con evidencia fáctica el nexo de causalidad entre el accionar de Manuela y la muerte del recién nacido, más allá de hacer alusión a la supuesta denuncia realizada por su padre. Esta falta fue saldada con estereotipos e ideas preconcebidas. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que la sentencia que condenó a Manuela incurría en todos los prejuicios propios de un sistema patriarcal y restaba valor a las motivaciones y circunstancias del hecho. Recriminaba a Manuela como si hubiese violado deberes considerados propios de su género y en forma indirecta le reprochaba su conducta sexual. Por ende, la Corte Interamericana consideró que había habido una violación del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, así como de la obligación de motivar las decisiones judiciales.

Al referirse a la pena de 30 años de prisión impuesta a Manuela, la Corte Interamericana señaló que las emergencias obstétricas, por tratarse de una condición médica, no podían generar automáticamente una sanción penal. Sobre este punto, la Corte Interamericana reiteró que, de una interpretación evolutiva de la prohibición de tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes, prevista en el art. 5.2 de la Convención, se desprendería una exigencia de proporcionalidad de las penas. Así, la Corte Interamericana advirtió que la aplicación de la pena prevista para el tipo penal de homicidio agravado resultaba claramente desproporcionada en este caso, porque no se tomó en cuenta el estado particular de las mujeres durante el estado puerperal o perinatal. Con base en lo anterior, la Corte Interamericana consideró que la condena a 30 años de prisión por un homicidio cometido por la madre en el período perinatal era desproporcionada al grado de reproche personalizado (o culpabilidad) de esta. Por lo tanto, la pena actualmente prevista para el infanticidio resulta cruel y, por ende, contraria a la Convención.

En virtud de todas las consideraciones anteriores, la Corte Interamericana concluyó que la investigación y el procedimiento a los que había sido sometida la víctima no respetaban el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, la presunción de inocencia, el deber de motivar, la obligación de no aplicar la legislación de forma discriminatoria, el derecho a no ser sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes y la obligación de garantizar que la finalidad de pena privativa de la libertad fuera la readaptación social de las personas condenadas.

2.3 Derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la vida privada e igualdad ante la ley

La Corte Interamericana identificó varias falencias que demostraban que la atención médica no había sido aceptable ni de calidad. Por ejemplo, existió un retraso de más de tres horas desde que Manuela ingresó al hospital y el momento en que recibió la atención médica de urgencia que requería. Durante ese tiempo, la doctora a su cargo priorizó presentar la denuncia a la fiscalía sobre el presunto aborto. Además, en los siete días que Manuela estuvo hospitalizada, en ningún momento la historia clínica expuso que el personal hubiera registrado o examinado los bultos

que tenía en el cuello. Del mismo modo, Manuela estuvo esposada a su camilla en el hospital luego de haber dado a luz y mientras era tratada por preeclampsia grave, por lo que resultaba irrazonable asumir que existía un riesgo real de fuga que no hubiese podido ser mitigado con medios menos lesivos.

Además, la Corte Interamericana entendió que el personal médico y administrativo del Hospital San Francisco Gotera había revelado información protegida por el secreto profesional médico, así como datos personales sensibles de Manuela. Al respecto, aclaró que, aunque los datos personales de salud no se encuentran expresamente previstos en el art. 11 de la Convención, se trata de información que describe los aspectos más sensibles o delicados sobre una persona, por lo que está protegida por el derecho a la vida privada.

En lo que respecta a la denuncia que presentó la doctora tratante, la Corte Interamericana consideró que esta restricción al derecho a la vida privada de Manuela no cumplía con el requisito de legalidad, pues la legislación salvadoreña no establecía con claridad si existía o no un deber de denuncia que obligara al personal médico a develar la información confidencial. En casos relacionados con emergencias obstétricas, la divulgación de información médica puede restringir el acceso a una atención adecuada de mujeres que la necesiten, pero eviten ir a un hospital por miedo a ser criminalizadas, lo que pone en riesgo su derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida. Si se trata de urgencias obstétricas, en las que está en juego la vida de la mujer, corresponde privilegiar el deber de guardar el secreto profesional sobre el deber de denunciar.

La Corte Interamericana señaló que la declaración realizada por la médica tratante había sido contraria a la legislación interna que disponía el secreto profesional, y que la legislación relativa a la confidencialidad médica no establecía criterios claros sobre en qué circunstancias las autoridades médicas podían compartir el expediente clínico de una persona. Concluyó que el incumplimiento de la obligación de mantener el secreto profesional y la divulgación de la información médica de Manuela había constituido una violación de su derecho a la vida privada y del derecho a la salud, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Por otra parte, la detención de Manuela impidió que recibiera la atención médica adecuada, por lo que su pena privativa de libertad se convirtió, además, en una pena inhumana, contraria a la Convención. Así, la Corte Interamericana resaltó que: (i) no consta en el expediente que se haya realizado ningún examen médico al llegar a la delegación de la policía ni al centro penal de San Miguel, a pesar de que había estado hospitalizada por una emergencia obstétrica y tenía bultos visibles en el cuello; (ii) tampoco consta que se le haya realizado algún examen médico entre marzo de 2008 y febrero de 2009, pese a los bultos que tenía en el cuello y a que en pocos meses perdió más de 13 kilogramos de peso y padeció fiebre alta e ictericia. Adicionalmente, la Corte Interamericana consideró que el tratamiento brindado por el Estado para el linfoma de Hodgkin con esclerosis nodular diagnosticado a Manuela en 2009 había sido irregular. Por un lado, no fue llevada a la cita para recibir quimioterapia pautada para el 2 de abril de 2009, sino hasta el 22 de abril,

y en ese tiempo aumentó su tumoración; en enero de 2010 se desfasó un mes el tratamiento, y, tras recibir quimioterapia el 6 de noviembre de 2009 y el 14 de enero de 2010, no fue a los controles subsecuentes. Estas faltas demuestran que el Estado no implementó las medidas necesarias para asegurar que Manuela fuera trasladada y recibiera la atención médica que requería.

Por último, la Corte Interamericana consideró que el Estado había incumplido el deber de garantizar el derecho a la vida de Manuela. Específicamente, el Estado omitió realizar un examen general de salud cuando Manuela estaba hospitalizada y otro examen al momento de ser detenida y nunca adoptó las medidas necesarias para que recibiera un tratamiento médico mientras se encontraba privada de libertad. Si no hubieran ocurrido estas omisiones, se habrían reducido las probabilidades de que muriera a causa del linfoma de Hodgkin.

Finalmente, la Corte Interamericana consideró que, en un caso como el de Manuela, confluían distintas desventajas estructurales. En particular, la Corte Interamericana subrayó que era una mujer con escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural. La ambigüedad de la legislación relativa al secreto profesional de los médicos y la obligación de denuncia existente en El Salvador afecta de forma desproporcionada a las mujeres por tener la capacidad biológica del embarazo, pero no afecta a las mujeres que tienen suficientes recursos económicos para ser atendidas en un hospital privado. Por otra parte, la Corte Interamericana consideró que la ambigüedad de la legislación sobre el secreto profesional y el deber de denuncia implicaba que, si Manuela acudía a los servicios médicos para atender la emergencia obstétrica que ponía en riesgo su salud, podía ser denunciada, como efectivamente sucedió. Someter a Manuela a esta situación, que terminó por afectar rotundamente su vida, constituyó, además de un acto discriminatorio, un acto de violencia contra la mujer.

Con base en todo lo expuesto, la Corte Interamericana concluyó que El Salvador era responsable por la violación de los derechos reconocidos en los arts. 4, 5, 11, 24 y 26, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Manuela. Asimismo, declaró que el Estado era responsable por no haber cumplido con sus obligaciones bajo el art. 7.a) de la Convención de Belém do Pará.

2.4 Derecho a la integridad personal de los familiares

Por último, la Corte Interamericana constató que el núcleo familiar de Manuela había experimentado un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral, debido a la detención, juzgamiento, encarcelamiento y muerte de la mujer.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana ordenó al Estado: a) publicar la sentencia y su resumen oficial; b) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; c) otorgar becas de estudio a los dos hijos de Manuela; d) brindar gratuitamente, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico a los padres de Manuela; e) regular la obligación de mantener el secreto profesional médico y la confidencialidad de la historia clínica;

f) desarrollar un protocolo de actuación para la atención de mujeres que requieran atención médica de urgencia por emergencias obstétricas; g) adecuar su regulación relativa a la prisión preventiva; h) diseñar e implementar un curso de capacitación y sensibilización a funcionarios judiciales y al personal de salud del Hospital Nacional Rosales; i) adecuar su regulación relativa a la pena de infanticidio; j) diseñar e implementar un programa de educación sexual y reproductiva; k) tomar las medidas necesarias para garantizar la atención integral en casos de emergencias obstétricas; l) pagar indemnizaciones en concepto de daño material e inmaterial y determinados gastos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Manuela y otros vs. El Salvador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2-11-2021, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la vida. Derecho a la vida digna. Derecho a la integridad personal. Derechos del niño. Derecho al trabajo. Condiciones justas, equitativas y satisfactorias que garanticen la salud e higiene del trabajador. Derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y la prohibición de discriminación. Desarrollo progresivo. Garantías judiciales. Protección judicial. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los miskitos son un pueblo indígena binacional que comparte los territorios fronterizos de Honduras y Nicaragua. En 2003, había una población aproximada de 40 000 miskitos, que, en su mayoría, habitaban en la zona rural del departamento de Gracias a Dios, en Honduras. Este departamento mantiene altos índices de pobreza, analfabetismo, desempleo, desnutrición crónica, falta de servicio sanitario y de energía, falta de fuentes de agua y saneamiento, entre otros aspectos. Asimismo, las personas que viven en Gracias a Dios cuentan con pocas posibilidades de empleo formal, además de que, en la zona, existe poca presencia gubernamental debido a la ubicación geográfica y los altos costos para acceder.

Las actividades de subsistencia del pueblo miskito están relacionadas con el trabajo agrícola, la pesca artesanal y el trabajo asalariado de los jóvenes como buzos para pesca de langosta y camarón. Tradicionalmente, los hombres miskitos practicaban la pesca por buceo “a pulmón” (sin equipo) para obtener langosta para consumo familiar, y no superaban los 40 a 60 pies de profundidad en sus inmersiones. Sin embargo, debido a su mayor comercialización, que representa una importante

fuelle de ingresos para la economía hondureña, se comenzó a pescar en la costa atlántica de Honduras y Nicaragua, por medio del buceo, y no de la pesca artesanal. Los miskitos se inician en esta actividad a partir de los catorce años y trabajan para compañías pesqueras. Dado que esta labor se realiza al margen de la legislación laboral vigente, ocurrieron accidentes laborales e intoxicaciones que provocaron discapacidades en personas en edad productiva. La pesca por buceo a profundidad, si no es realizada con las medidas adecuadas, puede producir accidentes, que incluyen las siguientes consecuencias: ahogamiento, aeroembolia, inflamación en exceso de los pulmones, enfermedad por descompresión, hipotermia, barotrauma, intoxicación por monóxido de carbono. La mayoría de los accidentes en el buceo son prevenibles cuando la persona cuenta con condiciones físicas y el equipo apropiado para realizar la actividad. Sin embargo, las compañías pesqueras que contratan el trabajo de los miskitos no cuentan con las normas mínimas necesarias para la pesca por buceo, no existen contratos que respalden la relación laboral, no se facilita el equipo adecuado, ni se realiza el trabajo en condiciones de higiene, por lo que los buzos carecen de las condiciones primordiales de seguridad.

En este contexto, la Corte Interamericana analizó los hechos relacionados con cuarenta y dos personas pertenecientes al pueblo miskito, que habitan o habitaban en el departamento de Gracias a Dios, y que están divididas en cuatro grupos: a) treinta y cuatro buzos sufrieron accidentes debido a las sumersiones profundas que realizaron y que les generaron el síndrome de descompresión u otras enfermedades y discapacidades relacionadas con su actividad de buceo. Doce de ellos fallecieron como consecuencia de esos accidentes; b) siete buzos miskitos fallecieron a causa del incendio de la embarcación Lancaster, en la que viajaban, provocada por la explosión de un tanque de butano; c) el niño Licar Méndez Gutiérrez, cuyo paradero se desconoce tras ser abandonado en un cayuco por el dueño de la embarcación, y d) sus familiares.

Por otro lado, el caso se refiere a las reclamaciones por vía administrativa o judicial realizadas por las presuntas víctimas.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos homologó un acuerdo de solución amistosa entre el Estado de Honduras y los representantes de las víctimas. En este acuerdo, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación a los derechos establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de Fondo 64/18.

De conformidad con ello, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la vida, a la vida digna, a la integridad personal, a los derechos del niño, al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias que garanticen la salud e higiene del trabajador, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y la prohibición de discriminación y a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de cuarenta y dos miskitos que sufrieron accidentes de buceo mientras trabajaban para empresas privadas, y por la violación al derecho a la integridad personal en perjuicio de sus familiares.

1. Fondo

Las consideraciones de fondo en este caso fueron: consideraciones preliminares sobre la responsabilidad de las empresas respecto de los derechos humanos; violaciones a los derechos a la vida, la integridad personal y del niño; violaciones al derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias que garanticen la salud e higiene del trabajador, a la salud, la seguridad social y la igualdad y prohibición de discriminación.

La Corte no consideró pertinente hacer consideraciones respecto de las violaciones a los derechos a la vida digna, las garantías judiciales y la protección judicial.

1.1 Consideración preliminar: la responsabilidad de las empresas respecto de los derechos humanos

La Corte Interamericana recordó que la obligación de garantía de los Estados parte de la Convención se proyectaba más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarcaba el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulnerasen los bienes jurídicos protegidos. En ese sentido, señaló que los Estados tenían la obligación de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas, por parte de empresas privadas, que implicaran riesgos significativos para los derechos humanos. Además, deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir las violaciones de derechos humanos realizadas por empresas privadas e investigar, castigar y reparar tales violaciones.

Del mismo modo, la Corte Interamericana manifestó que las medidas que adoptaran los Estados debían también estar destinadas a que las empresas cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; procesos de diligencia debida en relación con los derechos humanos para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente, y procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran, especialmente cuando afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad. Además, la Corte Interamericana razonó que los Estados debían garantizar la existencia de mecanismos judiciales o extrajudiciales que resultasen eficaces para remediar las violaciones a los derechos humanos.

1.2 Derechos a la vida, la integridad personal y del niño

La Corte Interamericana analizó la responsabilidad del Estado a partir de los estándares sobre el deber de prevención. Al respecto, constató que Honduras tenía un marco regulatorio suficiente relativo a los requisitos mínimos de las obligaciones de los empleadores de garantizar que la pesca por buceo cumpliera con mínimos de seguridad para los buzos y que las embarcaciones contaran con condiciones adecuadas de seguridad e higiene. Sin embargo, advirtió que el Estado había omitido realizar medidas de inspección o fiscalización en las embarcaciones en que se encontraban los buzos que sufrieron accidentes de buceo, y en que se encontraban los buzos que o fallecieron.

En ese sentido, consideró que la conducta omisiva del Estado, en lo que respecta a verificar el cumplimiento de las disposiciones del derecho interno que protegían a los trabajadores, había permitido que la actividad de pesca submarina se realizara al margen de la legislación interna, lo que derivó en la responsabilidad internacional del Estado por las graves consecuencias físicas y psicológicas, incluidas las muertes y la desaparición del niño Licar Méndez.

En consecuencia, el Estado violó los arts. 4.1, 5.1 y 19 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2.

1.3 Derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias que garanticen la salud e higiene del trabajador, a la salud, la seguridad social y la igualdad y prohibición de discriminación

La Corte Interamericana consideró que el Estado tenía la obligación de garantizar unas condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias conforme al art. 26 de la Convención y, en específico, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Pesca y el Código del Trabajo. Sin embargo, advirtió que la totalidad de las víctimas en este caso trabajaban en condiciones de precariedad, insalubridad, inseguridad, y hacinamiento, a bordo de embarcaciones que no reunían los estándares de seguridad para la realización de una actividad peligrosa ni condiciones que permitieran evitar o prevenir accidentes de trabajo. Asimismo, indicó que los buzos no habían recibido entrenamiento por parte del empleador sobre las medidas de seguridad de la pesca submarina. Además, señaló que los equipos eran deficientes y que los buzos no habían tenido una alimentación adecuada mientras se encontraban en las embarcaciones, y habían sufrido amenazas de los capitanes de los barcos. Lo anterior ocurrió sin que el Estado cumpliera con la normativa respecto de la protección de los trabajadores, y sin que las autoridades ejercieran labores adecuadas de supervisión o fiscalización orientadas a verificar las condiciones laborales de las víctimas del caso, o emprendiera acciones efectivas orientadas a prevenir accidentes, pese al riesgo que implicaba la actividad de buceo. En ese sentido, consideró que el Estado había incumplido con su deber de garantía del art. 26 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2.

Respecto del derecho a la salud y la seguridad social, la Corte Interamericana advirtió que ninguna de las treinta y cuatro víctimas de accidentes de buceo había sido trasladada de manera inmediata, por los capitanes de las embarcaciones en que trabajaban, para recibir atención médica. Esta situación ocurrió sin que el Estado verificara si los buques estaban en condiciones de otorgar una atención médica inmediata en la embarcación, en violación a la normativa interna del Estado. Asimismo, advirtió que el Estado tampoco había adoptado acciones para garantizar que los buzos recibieran atención cuando sufrían accidentes de buceo, a pesar de tener conocimiento de las problemáticas que enfrentaban. Por otro lado, la Corte Interamericana consideró que el Estado tenía la obligación de garantizar los servicios adecuados para la rehabilitación y reinserción de los buzos sobrevivientes que adquirieron una discapacidad por los accidentes, lo cual no había ocurrido en este caso. Esta omisión del Estado vulneraba el derecho a la salud y la seguridad social. Por lo anterior, el Estado violó el art. 26 de la Convención en relación con sus arts. 1.1 y 2.

La Corte Interamericana también abordó el caso desde la perspectiva del derecho a la igualdad y a la no discriminación. En ese sentido, consideró que las víctimas estaban inmersas en patrones de discriminación estructural e interseccional, pues eran personas pertenecientes a un pueblo indígena y se encontraban en una situación de pobreza. Una de ellas era un niño, algunas de ellas adquirieron discapacidades y no recibieron tratamiento médico, y no contaban con otra alternativa económica que aceptar un trabajo peligroso que ponía en riesgo su salud, su integridad personal y su vida. La confluencia de estos factores hizo posible que una actividad riesgosa como la pesca submarina haya podido realizarse sin una efectiva regulación en la zona de la Moskitia, y que las víctimas se hayan visto compelidos a trabajar allí en condiciones insalubres y sin protección de seguridad social. El hecho de que las víctimas pertenecieran a un grupo en especial situación de vulnerabilidad acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado, que, sin embargo, no había adoptado medidas para garantizar el ejercicio de sus derechos sin discriminación, y la intersección de desventajas comparativas hizo que la experiencia de victimización fuese agravada. Por lo tanto, al permitir la operación de empresas privadas sin una adecuada fiscalización y supervisión, en una zona en la que una parte sustancial de la población es vulnerable, el Estado incumplió con su obligación reforzada de garantizar que efectivamente se adoptaran medidas para la protección de los buzos. Así, se vulneraron el derecho a la igualdad, previsto en el art. 24, y la prohibición de discriminación, en términos del art. 1.1 de la Convención.

2. Reparaciones

En relación con las medidas de reparación descritas en el acuerdo de solución amistosa convenido por el Estado y los representantes de las víctimas, la Corte Interamericana las homologó en los términos descritos en la sentencia por contribuir a la realización del objeto de la Convención Americana.

En ese sentido, la Corte Interamericana estableció que la sentencia homologatoria constituía por sí misma una forma de reparación. Adicionalmente, ordenó al Estado —conforme a lo acordado por las partes—: a) medidas de restitución y satisfacción: la atención médica y psicológica integral y especializada a las víctimas y sus familiares, incluyendo tratamientos de rehabilitación, la concesión de becas educativas para las víctimas, las hijas, los hijos y/o nietas y nietos de las víctimas, el establecimiento de un programa de proyectos productivos para las víctimas y sus familiares, la dotación de vivienda para los buzos y sus familias, la elaboración y difusión de un documental televisivo, la realización de un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional, de desagravio y de compromiso de no repetición y la publicación de la sentencia; b) medidas pecuniarias: el pago de una indemnización a las víctimas y sus familiares por daño inmaterial y daño material, así como el pago de gastos y costas; c) garantías de no repetición: la incorporación de los buzos miskitos y sus familias a los programas sociales existentes, la elaboración de medidas para garantizar una adecuada regulación, fiscalización y supervisión de la actividad de las empresas pesqueras industriales en territorio miskito, el fortalecimiento del sistema de salud en La Moskitia desde la perspectiva del desarrollo social inclusivo, la realización de una campaña de sensibilización y concientización, la investigación exhaustiva

de los hechos, identificación, juzgamiento y sanción de todos los responsables, el emprendimiento de una búsqueda exhaustiva del paradero de las víctimas que permanecen desaparecidas, la adopción de medidas estructurales para garantizar el acceso a la Justicia, el fortalecimiento del sistema educativo de la Moskitia y la adopción de medidas para garantizar la accesibilidad de todas las instituciones públicas de La Moskitia.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso cuando el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, sentencia de 31-8-2021, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. Obligación de respetar los derechos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: durante el período del Gobierno militar en Argentina, se implementó y ejecutó un plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil que incluyó la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas. Los tribunales locales concluyeron que, entre 1976 y 1983, fueron cometidas “graves violaciones a los derechos humanos” y “delitos de lesa humanidad” en el país.

Estos hechos ocurrieron en el contexto de la coordinación entre los gobiernos dictatoriales del Cono Sur, en el marco de la Operación Cóndor, cuyo despliegue se reflejó en distintas actividades, como: a) la vigilancia política de disidentes exiliados o refugiados, con el consiguiente intercambio de información entre Estados; b) las acciones encubiertas de contrainsurgencia, y c) las acciones conjuntas de exterminio, dirigidas contra grupos o individuos específicos, para lo cual se conformaban equipos especiales que, dentro y fuera de las fronteras de sus países, cometían secuestros, torturas, asesinatos y desapariciones forzadas, etc.

La política represiva durante la dictadura incluyó la implementación y funcionamiento, de manera clandestina, de centros de detención a los que eran trasladadas las personas privadas ilegalmente de su libertad, donde se las sometía a condiciones inhumanas que podían incluir actos de tortura o su ejecución. Mientras tanto, las autoridades negaban toda información relativa a la detención, traslado o alojamiento en tales centros de las víctimas ante los reclamos y acciones promovidas por sus familiares. Entre esos centros se encontraba Automotores Orletti, ubicado en

la ciudad de Buenos Aires, que funcionó entre mayo y noviembre de 1976. Asimismo, las actividades de represión incluyeron la práctica sistemática y generalizada de sustracción, retención y ocultamiento de niños, con posterioridad a la desaparición o ejecución de sus padres.

Entre 1973 y 1974, como resultado de la situación política imperante en la región, personas de distintas nacionalidades buscaron refugio en el territorio argentino. Sin embargo, a partir de la instauración de la dictadura en 1976, las acciones represivas de la Operación Cóndor contra activistas y opositores a los gobiernos dictatoriales de la región se intensificaron. Entre julio y octubre de 1976, se ejecutaron operaciones conjuntas entre los cuerpos de seguridad argentinos y uruguayos, que secuestraron a distintas personas de nacionalidad uruguaya en Buenos Aires.

Años más tarde, con el restablecimiento de la democracia y las institucionales constitucionales a finales de 1983, el presidente Alfonsín dispuso la conformación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, que, en su informe final, denominado “Nunca Más”, determinó la existencia de múltiples centros clandestinos de detención y concluyó que decenas de miles de personas habían sido privadas ilegítimamente de su libertad.

Asimismo, en diciembre de 1983 el Poder Ejecutivo dispuso someter a juicio a los integrantes de las tres primeras juntas militares que habían gobernado a partir de 1976. En consecuencia, en diciembre de 1985 fueron condenadas cinco personas y, en el juicio, se develó la existencia del plan sistemático de represión.

No obstante, en 1986 fue promulgada la Ley n.º 23 492, conocida como ley de punto final, y, en 1987, la Ley n.º 23 521, conocida como ley de obediencia debida. Luego, se sumaron los decretos dictados por el presidente Menem en 1989 y 1990, que, en su conjunto, impidieron investigar, juzgar y sancionar los crímenes cometidos durante la dictadura.

En marzo de 2001, un juez federal declaró la invalidez de las leyes mencionadas, decisión que fue confirmada en noviembre por un tribunal superior. En 2003, la Ley n.º 25 779 declaró “insanablemente nulas” ambas normativas. Por último, mediante la sentencia de junio de 2005 en la causa *Simón*, la Corte Suprema declaró la validez de la Ley n.º 25 779. Argentina implementó una política de reparación para las víctimas de los crímenes de la dictadura y sus derechohabientes, que incluyó distintos mecanismos administrativos de reparación económica contenidos, entre otras, en las leyes 24 411, 25 914 y 26 913.

Hechos cometidos en perjuicio de la familia Julien Grisonas

La familia Julien Grisonas estaba integrada por Mario Roger Julien Cáceres (Montevideo, 1943), Victoria Lucía Grisonas Andrijauskaite (Buenos Aires, 1945) y sus hijos Anatole (Montevideo, 1972) y Victoria (Buenos Aires, 1975).

Julien Cáceres trabajó como ceramista y obrero gráfico en Uruguay, donde también era estudiante de la Escuela de Bellas Artes. Era opositor político y militaba en el Partido por la Victoria del Pueblo. En 1973, ante la instauración de la dictadura en Uruguay, se trasladó a Argentina, donde obtuvo el estatuto de refugiado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. En 1974 se reunió

en Buenos Aires con su esposa y el hijo de ambos, Anatole. Grisonas también era opositora política y militante del mismo partido.

En septiembre de 1976, en horas de la tarde, se llevó a cabo un operativo policial y militar en la residencia de la familia, en San Martín, Buenos Aires. El operativo fue realizado en forma conjunta por efectivos de las fuerzas de seguridad argentinas y uruguayas. Julien Cáceres habría intentado escapar por la parte trasera de la vivienda, pero fue sorprendido por las autoridades. Los tribunales nacionales concluyeron que había sido asesinado en el marco del operativo, sin que haya noticia acerca del paradero de sus restos. Por otra parte, los agentes detuvieron a Grisonas.

Luego de su detención, Grisonas fue trasladada a Automotores Orletti. Anatole y Victoria, que tenían aproximadamente cuatro y un año de edad respectivamente, también fueron conducidos al mismo centro clandestino. En ese lugar, Grisonas fue sometida a torturas y condiciones inhumanas de detención y actualmente se desconoce su paradero.

En octubre de 1976, Anatole y Victoria fueron trasladados clandestinamente, vía aérea, a Uruguay y permanecieron en la sede del Servicio de Información de Defensa, en Montevideo. Con posterioridad, fueron trasladados a Chile y abandonados en la Plaza O'Higgins de Valparaíso en diciembre de 1976, donde fueron encontrados por las autoridades chilenas. Según han afirmado los tribunales argentinos, Anatole y Victoria fueron los primeros niños encontrados en el contexto de los crímenes perpetrados durante la dictadura.

Luego de ser alojados en una institución de resguardo y de ser separados y llevados a distintas casas, Anatole y Victoria quedaron bajo la custodia y cuidado del matrimonio chileno Larrabeiti Yáñez, sin vinculación con el aparato represivo y al que se otorgó la tuición judicial en junio de 1977.

Por su parte, la abuela paterna, María Angélica Cáceres de Julien, emprendió su búsqueda y realizó distintas gestiones ante instituciones estatales de Argentina y Uruguay, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales. Asimismo, denunció la desaparición de sus familiares ante la CONADEP. Cáceres de Julien promovió distintas acciones de *habeas corpus* a favor de su hijo, su nuera, su nieto y su nieta. Sin embargo, no obtuvo respuesta ni información por parte de las autoridades argentinas.

En virtud de las múltiples gestiones, Cáceres de Julien averiguó el paradero de Anatole y Victoria en julio de 1979. Viajó a Valparaíso, donde se reunió con su nieto y su nieta. Con posterioridad, llegó a un acuerdo con el matrimonio Larrabeiti Yáñez acerca de la identidad, cuidado y "legitimación adoptiva" de Anatole y Victoria. En agosto de 1979 suscribieron un escrito judicial presentado ante el Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso.

A partir de entonces, Anatole y Victoria crecieron junto a sus padres adoptivos en Valparaíso, lugar en el que tuvieron encuentros con su abuela paterna. Cuando todavía eran menores de edad, fueron informados respecto de su identidad y origen. Además, viajaron a Montevideo, donde conocieron al resto de sus abuelos y parientes consanguíneos. Al ser consultados sobre el nombre que querían adoptar, optaron por

conservar los apellidos Larrabeiti Yáñez. Anatole es abogado y trabaja como fiscal en Santiago. Victoria es psicóloga y reside en Valparaíso. La señora Cáceres de Julien, según declaró Anatole, falleció en 1999.

Procesos judiciales y administrativos promovidos a nivel interno

A nivel interno, han sido iniciadas cinco causas penales a fin de esclarecer los hechos perpetrados contra la familia Julien Grisonas. En 2011, 2012, 2016, 2017 y 2021, respectivamente, fueron dictadas condenas contra distintas personas por delitos perpetrados contra Grisonas Andrijauskaite, Anatole y Victoria. En cuanto a los hechos cometidos contra Julien Cáceres, en 2017 fueron absueltas dos personas acusadas por “homicidio agravado por alevosía”. Hasta la fecha, no existe información concluyente sobre el paradero o el destino de los restos del matrimonio Julien Grisonas.

Por su parte, en 1996 Anatole y Victoria promovieron una demanda contra el Estado argentino ante la jurisdicción contencioso-administrativa y reclamaron la reparación por los daños y perjuicios derivados de los hechos perpetrados. La pretensión fue estimada en primera instancia, parcialmente desestimada en segunda instancia y, por último, rechazada por la Corte Suprema, que en 2007 declaró prescrita la acción intentada.

Por último, fueron tramitados cuatro expedientes administrativos en virtud de que solicitaron los beneficios de las leyes 24 411 y 25 914, pero no se dictó ninguna resolución al respecto.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró internacionalmente responsable a la República Argentina por la violación de distintos derechos humanos, en perjuicio de los cuatro miembros de la familia Julien Grisonas.

La Corte Interamericana estableció que el Estado era responsable por la desaparición forzada del matrimonio Julien Grisonas, por lo que declaró la violación de sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal.

Asimismo, la Corte Interamericana determinó que Argentina había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de Anatole y Victoria, por las razones siguientes: a) la demora excesiva e injustificada en la tramitación de los procesos para esclarecer los hechos perpetrados contra Grisonas, su hijo y su hija; b) la falta de juzgamiento y sanción de los hechos cometidos contra Julien; c) la demora en tipificar el delito de desaparición forzada de personas, lo que derivó en la falta de su aplicación al caso concreto y afectó la investigación y sanción de los hechos que damnificaron a Julien; d) la inobservancia de la debida diligencia en la investigación del paradero y, en su caso, la búsqueda y localización de los restos de Grisonas; e) la omisión de atender los requerimientos formulados para avanzar en las labores de búsqueda de los restos de Julien; f) la falta de comunicación oportuna y por los medios de información adecuados en torno a la búsqueda de los restos de ambas personas, y g) la decisión de las autoridades judiciales de declarar prescrita la acción para reclamar las reparaciones por daños y perjuicios. La Corte Interamericana también declaró la violación del derecho de Anatole y Victoria a conocer la verdad acerca del paradero y destino de

los restos de su padre y madre biológicos. De igual forma, la Corte Interamericana determinó la violación del derecho a la integridad personal de Anatole y Victoria.

En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que Argentina había violado las normas internacionales siguientes: a) los arts. 3, 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1, y con lo dispuesto en el art. 1, inc. a, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), en perjuicio de Julien y Grisonas; b) los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2, y con lo dispuesto en los arts. 1, inc. b, y 3 de la CIDFP, en perjuicio de Anatole y Victoria, y c) el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Anatole y Victoria.

Por su parte, la Corte Interamericana concluyó que el Estado no era responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2, y con lo dispuesto en los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), en cuanto a las obligaciones internacionales relacionadas con la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos cometidos contra Anatole y Victoria, y con la observancia de la prohibición de aplicar amnistías u otros obstáculos al juzgamiento y sanción de crímenes de lesa humanidad.

1. Excepciones preliminares

El Estado opuso cuatro excepciones preliminares. La Corte Interamericana acogió la excepción preliminar de incompetencia *ratione temporis* ante los alegatos del representante de las víctimas referidos a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor, para Argentina, de la Convención Americana, la CIPST y la CIDFP. Por su parte, fueron desestimadas las excepciones preliminares siguientes: a) incompetencia *ratione materiae*, b) falta de agotamiento de los recursos internos en relación con los agravios referidos a la alegada violación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, y c) violación del derecho de defensa y del debido proceso internacional en perjuicio del Estado argentino.

2. Fondo

La Corte Interamericana consideró que el contexto general y las circunstancias particulares del caso, en el marco de la Operación Cóndor, habían involucrado la actuación no solo de Argentina, sino también de otros Estados, por lo que las múltiples violaciones cometidas podrían acarrear, eventualmente, algún tipo de responsabilidad concurrente. No obstante, la Corte Interamericana recordó que el caso había sido sometido a su conocimiento únicamente respecto de Argentina.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Interamericana recordó que la noción de garantía colectiva estaba subyacente en todo el sistema interamericano, entendida como una obligación general de protección que tienen los Estados entre sí. Por consiguiente, la efectividad del mecanismo de garantía colectiva implica que los Estados que hayan tenido algún tipo de participación en los hechos de este caso y, en general, en el contexto de la Operación Cóndor colaboren entre sí, de buena fe, para erradicar la impunidad.

2.1 Desapariciones forzadas de Victoria Lucía Grisonas Andrijauskaite y Mario Roger Julien Cáceres

La Corte Interamericana recordó la consolidación internacional en el análisis de la desaparición forzada, calificada como una grave violación de derechos humanos, por lo que su prohibición ha alcanzado el carácter de *ius cogens*, y cuyos elementos constitutivos son los siguientes: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o su aquiescencia, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. Asimismo, la Corte Interamericana reiteró el carácter permanente de los actos constitutivos de desaparición forzada mientras no se conociera el paradero de la víctima o se hallaran sus restos, y la naturaleza pluriofensiva que sus consecuencias acarrearán a los derechos reconocidos en la Convención Americana, en particular los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal.

A partir de los hechos establecidos, la Corte Interamericana determinó que Grisonas había sido detenida violentamente por agentes del Estado durante el operativo de septiembre de 1976 y luego conducida al centro clandestino Automotores Orletti. Las autoridades argentinas no brindaron información sobre su destino, a pesar de las distintas peticiones y acciones promovidas, en especial por su suegra, la señora Cáceres de Julien. Hasta la fecha se desconoce su paradero. Por consiguiente, la Corte Interamericana consideró que los hechos constatados configuraban los tres elementos constitutivos de la desaparición forzada.

En cuanto a Julien, los hechos establecidos dan cuenta de que fue detenido durante el mismo operativo y privado arbitrariamente de la vida por los agentes estatales, a partir de lo cual se negó toda información sobre su suerte y el destino de sus restos. La Corte Interamericana consideró que también en este caso habían sido ejecutados actos que debían calificarse como desaparición forzada. Además, recordó que una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado a reconocer que la víctima está bajo su control o de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero y de intimidar.

La Corte Interamericana reiteró que el contexto de lo ocurrido había resultado particularmente grave, en tanto el Estado se había constituido en factor principal de los crímenes cometidos y responsable de graves violaciones a los derechos humanos como parte de una práctica sistemática de terrorismo a nivel interestatal.

2.2 El cumplimiento del deber de investigar y sancionar, en un plazo razonable, la desaparición forzada de personas

La Corte Interamericana recordó que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos era una de las medidas positivas que debían adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana, lo que también surgía de otros instrumentos interamericanos, como la CIDFP. Así, ante la particular gravedad de la desaparición forzada de personas y la naturaleza de los derechos lesionados, han alcanzado el carácter de *ius cogens* tanto la prohibición de su comisión como el deber correlativo de investigar y sancionar a los responsables.

La Corte Interamericana valoró positivamente los avances logrados por las autoridades argentinas para identificar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos cometidos contra Grisonas, Anatole y Victoria. Por lo tanto, ante el dictado de un fallo condenatorio en 2021 en torno a los hechos de los que fueron víctimas Anatole y Victoria, la Corte Interamericana descartó declarar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de las obligaciones previstas en la CIPST.

En lo que concierne a la causa para juzgar los hechos cometidos contra Julien, la Corte Interamericana recordó que, a la fecha, no se había sancionado a los responsables. Señaló que la decisión de 2017 que dispuso la absolución de los acusados por la muerte de la víctima había sido anulada en 2019 y, en consecuencia, se había ordenado el reenvío de las actuaciones para su sustanciación. Por su parte, fue declarado inadmisibile el recurso extraordinario presentado por la defensa de los acusados. Ante ello, la defensa promovió un recurso de queja que, a la fecha de dictado de la sentencia de la Corte Interamericana, estaba pendiente de ser resuelto por la Corte Suprema argentina. Por consiguiente, ante la falta de juzgamiento y sanción de los graves hechos cometidos contra Julien, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable internacionalmente.

La Corte Interamericana también recordó que las leyes 23 492 y 23 521 habían impedido juzgar y sancionar los crímenes cometidos durante la dictadura. Por consiguiente, ambas normativas, aunque no fueron aplicadas directamente a los procesos vinculados con la familia Julien Grisonas, sí afectaron ostensiblemente el cumplimiento del deber de investigar y sancionar los crímenes.

Por último, la Corte Interamericana destacó que la sentencia dictada por la Corte Suprema argentina en junio de 2005, así como los fallos de 2001 de tribunales inferiores, configuraron un adecuado control de convencionalidad, a partir de lo cual, en conjunto con la Ley n.º 25 779, se reabrieron los procesos para investigar, juzgar y sancionar los delitos.

2.3 La tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el sistema jurídico argentino y su falta de aplicación al caso concreto

La Corte Interamericana señaló que, en el caso de la desaparición forzada de personas, la tipificación del delito de manera autónoma y la definición expresa de las conductas punibles que lo componen tenían carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. En el caso de Argentina, la obligación surgió en 1996, a partir de la entrada en vigor de la CIDFP.

Así, la Corte Interamericana recordó que no le correspondía pronunciarse en abstracto sobre la falta de incorporación a la legislación interna de ese tipo penal, en tanto no hubiera sido alegado que la falta de tipificación o aplicación del delito autónomo constituyera un impedimento u obstáculo para la investigación de los hechos en el caso concreto.

En tal sentido, la Corte Interamericana advirtió que, en ninguna de las causas tramitadas para esclarecer el caso, había sido aplicado el tipo penal de desaparición forzada de personas, incorporado a la legislación interna en 2011. En lo que

conciene a los crímenes cometidos en perjuicio de Grisonas, Anatole y Victoria, la Corte Interamericana advirtió que habían sido aplicadas figuras penales alternas que, en su conjunto, denotaban la gravedad de lo ocurrido. A su vez, fueron impuestas penas que resultaban congruentes con esa gravedad.

Por su parte, en lo que conciene a Julien, la Corte Interamericana not  que la investigación desarrollada y la decisión de absolución habían atendido, de manera específica, al hecho de la muerte de la víctima, sin tomar en cuenta otros elementos, como la privación de libertad y la adopción de medidas dirigidas a negar información y borrar todo rastro sobre el destino del cuerpo. Por consiguiente, las autoridades internas no actuaron de un modo acorde con la gravedad de lo ocurrido, con el contexto y, en definitiva, con la violación compleja de derechos humanos que conlleva la desaparición forzada de personas. Por ende, la Corte Interamericana consideró que la falta de aplicación del tipo penal autónomo de desaparición forzada había repercutido en que, hasta la fecha, no se hubiera juzgado y sancionado a los responsables.

2.4 La búsqueda del paradero de Victoria Lucía Grisonas Andrijauskaite y Mario Roger Julien Cáceres y el derecho de los familiares a conocer la verdad

La Corte Interamericana reiteró que en múltiples oportunidades se había pronunciado sobre la obligación de los Estados de realizar una búsqueda seria para dar con el paradero de las personas desaparecidas, o eventualmente con sus restos. Recordó que recibir el cuerpo de una persona desaparecida es de suma importancia para sus familiares, ya que les permite sepultarlo de acuerdo con sus creencias y cerrar el proceso de duelo que vivieron a lo largo de los años.

La Corte Interamericana advirtió que, en el caso de Grisonas, no había sido aportada información o prueba acerca de las diligencias y actuaciones emprendidas para que el Estado cumpliera su obligación de investigar su paradero. Respecto de Julien, la Corte Interamericana consideró que, si bien habían sido efectuadas distintas actuaciones dirigidas a la búsqueda de sus restos, también constaba que Anatole, en calidad de parte querellante, había requerido la práctica de diligencias específicas para continuar con la búsqueda, incluida la intervención del Equipo Argentino de Antropología Forense. En tal sentido, la Corte Interamericana destacó que el Estado había aportado, durante el trámite del proceso internacional, una nota expedida en julio de 2020 por el EAAF, en la que habían sido respondidos los requerimientos.

En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que Argentina, al no haber efectuado todos los esfuerzos necesarios y con la debida diligencia para averiguar la suerte y localizar los restos de Grisonas, y ante la falta de atención a los requerimientos formulados para avanzar en las labores de búsqueda de los restos de Julien y la subsiguiente omisión de comunicar oportunamente y por los medios adecuados un documento técnico con información detallada que diera respuesta a tales requerimientos, había violado el derecho a conocer la verdad, en perjuicio de Anatole y Victoria.

2.5 Imprescriptibilidad de las acciones emprendidas para obtener reparaciones por graves violaciones a los derechos humanos

La Corte Interamericana recordó que se había pronunciado acerca de la imprescriptibilidad de las acciones judiciales instadas para obtener reparaciones ante graves violaciones a los derechos humanos. Así, destacó que la inaplicabilidad de la prescripción se afirmaba tanto respecto de acciones judiciales, civiles, contencioso-administrativas o de otra naturaleza, así como de procedimientos administrativos instados por las víctimas.

A partir de lo anterior, la Corte Interamericana determinó que el criterio sostenido por la Corte Suprema argentina, al declarar prescrita la acción promovida por Anatole y Victoria, no se correspondía con el estándar internacional, lo que determinaba la responsabilidad internacional del Estado.

Por eso, la Corte Interamericana concluyó que el criterio sustentado por la Corte Suprema argentina había violado el derecho de acceso a la Justicia de las víctimas, lo que también determinaba un incumplimiento de la obligación del Estado de adoptar las disposiciones de derecho interno que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades (art. 2 de la Convención Americana, en relación con los arts. 8.1 y 25.1). La Corte Interamericana agregó que ese criterio había sido reiterado en fallos posteriores, por lo que configuraba una interpretación judicial contraria a los derechos reconocidos por la Convención Americana.

2.6 Violación del derecho a la integridad personal de Anatole y Victoria

La Corte Interamericana recordó que, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, la violación del derecho a la integridad de los familiares de las víctimas podía ser una consecuencia directa del severo sufrimiento que padecen y que se acrecienta, además, por la constante negativa de las autoridades a proporcionar información precisa o a realizar una investigación eficaz.

Por lo tanto, la Corte Interamericana consideró que era presumible la afectación a la integridad psíquica y moral de Anatole y Victoria, ya que habían padecido un sufrimiento y una angustia profundos que persistían en tanto subsistiera la incertidumbre sobre el paradero de sus padres biológicos.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que su sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación. Asimismo, ordenó las siguientes medidas de reparación integral:

a) Obligación de investigar: las autoridades argentinas deberán resolver, en un plazo razonable, la causa iniciada para esclarecer los hechos perpetrados contra Julien y el juez a cargo de la causa deberá proveer una respuesta motivada a los requerimientos de la parte querellante; el Estado deberá realizar, a la mayor brevedad posible, una búsqueda seria y con la debida diligencia respecto del paradero y, en su caso, los restos de Grisonas.

b) Medida de rehabilitación: el Estado deberá pagar una suma de dinero para que Anatole y Victoria puedan sufragar los gastos de los tratamientos psicológicos o psiquiátricos necesarios para atender los padecimientos sufridos.

c) Medidas de satisfacción: el Estado deberá realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación

con el caso; Argentina deberá publicar el resumen oficial de la sentencia en el Diario Oficial y la integridad de la sentencia en un sitio web oficial, y deberá elaborar, en el plazo de dos años, un documental audiovisual sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el período 1976-1983 y las coordinaciones interestatales en el contexto de la Operación Cóndor, incluidos los hechos de este caso.

d) Garantía de no repetición: el Estado deberá realizar, en el plazo de un año, las gestiones pertinentes para convocar a los otros Estados que habrían tenido intervención en la ejecución de los hechos del caso y en el contexto de la Operación Cóndor (Uruguay, Chile, Brasil, Bolivia, Paraguay y Perú), a efectos de conformar un grupo de trabajo que coordine las tareas de investigación, extradición, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los crímenes.

e) Indemnizaciones pecuniarias: el Estado deberá pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como el pago de costas y gastos, y el reintegro del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Julien Grisonas vs. Argentina* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 23-9-2021, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_437_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Derecho a la vida. Derecho a la integridad personal. Garantías judiciales. Obligación de respetar los derechos. Derechos de los familiares. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP). (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: César Gustavo Garzón Guzmán nació el 8 de junio de 1958, era escritor y tallerista de la Casa de la Cultura Ecuatoriana y trabajaba para la editorial El Conejo. Cuando desapareció tenía 32 años y estaba escribiendo la tesis de su doctorado en Letras. El 9 de noviembre de 1990, junto con un grupo de amigos, estuvo en la discoteca Son Candela, el último lugar donde fue visto. Su familia, al notar que no había llegado a la casa, inició su búsqueda en clínicas, hospitales, cárceles y la morgue. También acudieron al Servicio de Investigación Criminal de Pichincha a denunciar la desaparición, pero se negaron a recibirla porque no habían pasado 48 horas. La denuncia fue recibida el 16 de noviembre.

En 2003, dos reportajes de prensa se refirieron al caso de Garzón Guzmán. En el primero, se informó que un ex oficial de inteligencia del Ejército había asegurado que el general Edgar Vaca sabía dónde estaban los restos de Garzón Guzmán. En junio de ese año, el diario *El Comercio* publicó un artículo en el que sostenía que el general Vaca conocía exactamente dónde se encontraban los restos. Luego del primer reportaje, el representante de las víctimas solicitó que se ordenara una investigación exhaustiva para esclarecer los hechos narrados, pero no obtuvo respuesta.

El 3 de mayo de 2007, mediante el Decreto Ejecutivo n.º 305, fue creada en Ecuador una Comisión de la Verdad, con el objeto de investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas entre 1984 y 1988. La comisión, en su informe final, documentó el caso de Garzón Guzmán y lo calificó como una desaparición forzada en la que se presumía la responsabilidad de la Policía Nacional.

En relación con la investigación por la desaparición, se reduce a tres partes informativos elaborados por la policía en enero y julio de 1991 y en agosto de 1994. Por su parte, las investigaciones judiciales comenzaron luego de que se presentara el informe final de la Comisión de la Verdad. Así, en septiembre de 2011, se inició una indagación previa en relación con este caso. Luego, en mayo de 2013, los familiares interpusieron una denuncia que dio inicio a una nueva indagación previa. En enero de 2014, la segunda indagación fue acumulada a la ya iniciada. El proceso continúa abierto y no ha tenido avances significativos.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable a la República del Ecuador por la desaparición forzada de César Gustavo Garzón Guzmán y por la violación de sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial —arts. 3, 4.1, 5, 7, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1 y con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)—. Además, declaró responsable al Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales, protección judicial e integridad personal de los familiares de Garzón Guzmán (arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1 y con la CIDFP, y art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1).

1. Reconocimiento de responsabilidad internacional

El Estado reconoció su responsabilidad internacional en este caso. Por lo anterior, desistió de la excepción preliminar que había formulado, aceptó los hechos tal como fueron descritos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de fondo y se allanó a las pretensiones que constan en el escrito de sometimiento del caso presentado por la comisión.

La Corte Interamericana, en virtud de este reconocimiento, concluyó que había cesado la controversia sobre: a) el marco fáctico de este caso, aunque se mantuvo la controversia sobre la determinación de las víctimas; b) todas las violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la CIDFP alegadas por la Comisión Interamericana, aunque se mantuvo la controversia sobre la violación del

art. 2 de la Convención Americana, en relación con los arts. I y II de la CIDFP (referidos a las obligaciones de los Estados parte en la materia y a los elementos de la desaparición forzada), alegada por el representante de las víctimas, y c) la necesidad de adoptar medidas de reparación.

La Corte Interamericana concluyó, además, que el reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado producía plenos efectos jurídicos. En todo caso, estimó necesario determinar en la sentencia los hechos ocurridos de acuerdo con la prueba recabada y a la luz del reconocimiento de responsabilidad. Además, decidió analizar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la CIDFP y pronunciarse sobre las reparaciones correspondientes.

2. Fondo

2.1 Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal y libertad personal

En virtud del reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, de la jurisprudencia constante en materia de desaparición forzada y de los hechos probados, la Corte Interamericana no estimó necesario pronunciarse sobre los elementos constitutivos de la desaparición forzada y su configuración en este caso, ni sobre el alcance de la violación de los derechos alegados en este apartado. Esta decisión se fundó en que consideró probada la desaparición forzada de Garzón Guzmán y a que el Estado reconoció su responsabilidad internacional por las violaciones de derechos. En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que Garzón Guzmán había sido víctima de una desaparición forzada y que el Estado era responsable de la violación de los derechos reconocidos en los arts. 3, 4.1, 5.1, 5.2 y 7 de la Convención Americana, en relación con lo dispuesto en su art. 1.1 y en el artículo I.a) de la CIDFP.

2.2 Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

En este caso, aunque el Estado reconoció su responsabilidad internacional, la Corte Interamericana estimó relevante analizar las violaciones alegadas para establecer su alcance en este caso. Al respecto, estableció que el Estado había violado: a) la obligación de iniciar de oficio y llevar a cabo con la debida diligencia las investigaciones por la desaparición forzada de Garzón Guzmán; b) la obligación de realizar con la debida diligencia una búsqueda seria, coordinada y sistemática de la víctima, hasta que se determinara con certeza su suerte o paradero, lo cual constituía, además, una violación del derecho al acceso a la justicia de sus familiares; c) la obligación de garantizar el plazo razonable en la investigación y el proceso penal por la desaparición forzada de Garzón Guzmán; d) el derecho a la verdad de los familiares de Garzón Guzmán. Sobre la violación del art. 2 de la Convención Americana, en relación con los arts. I y II de la CIDFP, alegada por el representante de las víctimas, la Corte Interamericana sostuvo que no contaba con los elementos de juicio necesarios para analizarla.

2.3 Derecho a la integridad personal de los familiares de Garzón Guzmán

En este caso, a la luz del reconocimiento de responsabilidad internacional, la Corte Interamericana estableció que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de Garzón Guzmán identificados en el informe de fondo.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que su sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación. Además, ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación integral: a) deberá continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones y el proceso penal en curso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de la desaparición forzada de Garzón Guzmán en un plazo razonable y establecer la verdad de los hechos; b) deberá realizar una búsqueda rigurosa por la vía judicial y administrativa pertinente, orientada a determinar, a la mayor brevedad, el paradero de Garzón Guzmán. En caso de que se establezca que la víctima falleció, los restos mortales deben ser entregados a sus familiares, previa comprobación fehaciente de identidad, a la mayor brevedad posible y sin costo alguno para ellos; c) deberá brindar gratuitamente el tratamiento psicológico y psiquiátrico que requieran las víctimas, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de los medicamentos eventualmente solicitados; d) deberá publicar la sentencia y realizar un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos de este caso; e) deberá pagar una indemnización por daños materiales e inmateriales, costas y gastos.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso César Gustavo Garzón Guzmán y otros vs. Ecuador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 1-9-2021, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_434_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derecho a la familia y a la integridad personal. Derecho a las garantías constitucionales y a la protección judicial. Derecho a conocer la verdad. Obligación de respetar los derechos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: los hechos se desarrollaron en el marco del conflicto armado interno que tuvo lugar en Guatemala entre 1962 y 1996. Desde mediados de los años 70, la guerrilla o fuerzas armadas rebeldes se encontraban activas

en el municipio de La Libertad, departamento de Petén, donde está ubicada la Aldea Los Josefinos. Estos grupos ingresaban frecuentemente en la aldea y tenían enfrentamientos violentos con los militares guatemaltecos. A raíz de esto, el Ejército había llevado a cabo en la aldea una serie de asesinatos y de detenciones de acusados de colaborar con la guerrilla en la época inmediatamente anterior a los hechos de este caso.

El 29 de abril de 1982, miembros de la guerrilla entraron en la aldea y convocaron a sus habitantes a acudir a la cancha de fútbol. Allí realizaron un mitin y ejecutaron a dos hombres que, según la guerrilla, estaban vinculados al Ejército. Ese mismo día, en horas de la tarde, hubo un enfrentamiento entre la guerrilla y los militares en un lugar cercano a la aldea. Posteriormente, el Ejército sitió la aldea para no dejar salir a sus habitantes. A medianoche, los soldados ingresaron al caserío, asesinaron a algunos de los patrulleros que se encontraban en la calle, ejecutaron a quienes se encontraban dentro de las viviendas y quemaron sus ranchos. Al menos 38 personas murieron, incluyendo a hombres, mujeres, niñas y niños. El 30 de abril de 1982, los soldados recogieron 19 cuerpos, los subieron a un carretón y los enterraron en una fosa común en el cementerio de la aldea. Tras los hechos, algunas personas huyeron y se refugiaron en otros lugares del país e incluso en México o Belice.

El 16 de enero de 1996, la Asociación de Familiares Detenidos y Desaparecidos de Guatemala compareció ante el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Petén y denunció los hechos, indicó dónde se encontraban enterrados los cuerpos de algunas de las víctimas y solicitó la excavación de la fosa común y la exhumación de los cadáveres. La diligencia fue realizada en marzo de 1996 y se recuperaron 19 osamentas. El juez de primera instancia departamental de Petén determinó que, de las diligencias realizadas, se desprendía la comisión de un delito y remitió el expediente al Ministerio Público. En abril de 1996, el Ministerio Público ordenó el inicio de la investigación penal. En marzo de 2005, transcurridos más de ocho años sin que se hubieran realizado mayores diligencias, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos solicitó la reactivación de las investigaciones al Ministerio Público. En junio de 2009, se realizó una segunda exhumación de los restos de las 19 personas originalmente enterradas en la fosa común, a fin de extraer muestras de ADN y compararlas con muestras genéticas de los familiares de las víctimas. Los resultados solo permitieron identificar con un alto grado de certeza a una de las víctimas, Cristóbal Rey González González. En abril de 2013, se entregaron las osamentas a su hija y se realizó una nueva diligencia de exposición de los restos recuperados para que los familiares los identificaran. De este modo, se pudieron identificar a tres víctimas más: María Inés Muralles Pineda, Isabel Hernández Pineda y Santiago Colón Carau. Actualmente, el caso se encuentra aún en etapa de investigación por parte de la Unidad de Casos Especiales del Conflicto Armado Interno de la Fiscalía de Derechos Humanos.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la desaparición forzada de 14 personas, el desplazamiento forzado de 7 y sus núcleos familiares, la violación

al derecho a la familia en perjuicio de 6 personas, la violación del derecho a la niñez de 6 niños y niñas, así como la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial y del derecho a conocer la verdad en perjuicio de 1439 personas. Esta decisión fue consecuencia de la masacre perpetrada el 29 y 30 de abril de 1982 por miembros del Ejército guatemalteco en la Aldea Los Josefinos. La Corte Interamericana también determinó que el Estado había violado el derecho a la integridad personal de los familiares de las personas desaparecidas y ejecutadas extrajudicialmente, así como de las víctimas sobrevivientes de la masacre. Asimismo, la Corte Interamericana concluyó que, a más de 39 años de ocurrida la masacre, permanecía en total impunidad.

En vista de lo anterior, la Corte Interamericana declaró al Estado de Guatemala responsable por la violación de los arts. 3, 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 de ese instrumento y el art. I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como de los arts. 17, 19 y 22 de la Convención Americana en relación con su art. 1.1. Asimismo, el Tribunal consideró al Estado responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, así como del derecho a conocer la verdad de los hechos y del art. I.b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Por último, la Corte Interamericana determinó que el Estado había violado el art. 5 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1.

1. Fondo

1.1 Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal, libertad personal, protección de la familia, derechos de la niñez y libertad de circulación y residencia

1.1.1 Responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas

La Corte Interamericana consideró suficientemente acreditado que José Álvaro López Mejía, Fabio González, Florenci Quej Bin, Rosendo García Sermeño, Félix Lux, Félix Salvatierra Morales, Andrea Castellanos Ceballos, Braulia Sarceño Cardona, Edelmira Girón Galbez y Paula Morales y Norma Morales Alonzo, Victoriano Salvatierra Morales, Antonio Santos Serech y Joselino García Sermeño fueron desaparecidos durante la masacre. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había violado los derechos reconocidos en los arts. 3, 4.1, 5.1, 5.2, y 7.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, todos ellos en relación con las obligaciones establecidas en el art. I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

1.1.2 Responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la circulación y residencia

La Corte Interamericana enfatizó que, tras la masacre, los miembros de la aldea habían huido de sus tierras. Algunas personas se refugiaron en otros pueblos e incluso fuera del país. Advirtió, además, que en Guatemala la persecución de la población civil había continuado por años, especialmente en las zonas donde el conflicto se desarrollaba con mayor intensidad, como en el municipio de la Libertad, en el que

se encontraba la Aldea Los Josefinos. Consideró que esta situación ocurría todavía el 9 de marzo de 1987, fecha en la que Guatemala aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana pudo acreditar que al menos 7 personas, junto con sus núcleos familiares, no habían podido retornar a la aldea luego del 9 de marzo de 1987 y que el Estado no había adoptado medidas para garantizar el regreso de las víctimas a su lugar de origen. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación del derecho a la libre circulación y residencia según el art. 22 de la Convención Americana, en concordancia con el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el art. 1.1 del mismo instrumento.

1.1.3 Responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la protección a la familia

La Corte Interamericana observó que Elvira Arévalo Sandoval perdió en la huida, al momento de la masacre, a 4 de sus 9 hijos. Solo siete años más tarde supo que uno de ellos, Rigoberto (de un año de edad al momento de la masacre), había fallecido en el monte, mientras que otros tres, Ernestina, Romelia y Rolando (de 14, 13 y 2 años al momento de la masacre), se habían refugiado en México, donde permanecieron pensando que su madre había fallecido. Luego del reencuentro, Rolando nunca la reconoció como su madre. Asimismo, la Corte Interamericana advirtió que Carmelino Ajanel Ramos, de 5 años de edad al momento de la masacre, también fue separado de su padre, Antonio Ajanel Ortiz, durante más de 20 años. Padre e hijo se reencontraron en el año 2004, donde pudieron constatar que todo lo acaecido había afectado gravemente su relación familiar. En vista de todo lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que la conducta estatal omisiva respecto de la adopción de medidas que posibilitaran un regreso seguro y la reunificación familiar había vulnerado el derecho a la protección de la familia, consagrado en el art. 17 de la Convención, en perjuicio de esas personas.

1.1.4 Responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la niñez

Según lo determinado por la Corte Interamericana, al menos una niña y tres niños (Norma Morales Alonzo, Victoriano Salvatierra Morales, Antonio Santos Serech y Joselino García Sermeño) habían sido víctimas de desaparición forzada. La Corte Interamericana recordó que correspondía al Estado la protección de la población civil en el marco del conflicto armado interno guatemalteco y, especialmente, de las niñas y los niños, quienes estaban en una situación de mayor vulnerabilidad.

Además, la Corte Interamericana señaló que las víctimas Rolando Hernández Arévalo y Carmelino Ajanel Ramos, niños al momento en el que continuaba la separación de familiares y entraba en vigor la competencia de la Corte Interamericana, habían padecido el menoscabo de su derecho a la protección de la familia, lo cual había tenido un impacto diferenciado en ellos por el hecho de ser niños separados de sus padres.

En vista de lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación del art. 19 de la Convención Americana en perjuicio de Norma Morales Alonzo, Victoriano Salvatierra Morales, Antonio Santos Serech y Joselino García Sermeño, así como de los niños Rolando Hernández Arévalo y Carmelino Ajanel Ramos.

1.2 Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial

1.2.1 Obligación de investigar los hechos de este caso

La Corte Interamericana observó que la investigación de la masacre no había comenzado de oficio, sino que se había iniciado a raíz de la denuncia presentada por la Asociación de Familiares Detenidos y Desaparecidos de Guatemala. Además, recién en abril de 1996—esto es, casi 14 años después de los hechos— el Ministerio Público ordenó el inicio de la persecución penal y acordó que se practicaran las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Todo esto, según la Corte Interamericana, supuso un grosero retraso que, necesariamente, impactó en la recolección de prueba.

Adicionalmente, la Corte Interamericana observó con preocupación que tanto el proceso de identificación exhaustiva de los restos exhumados, como las demás actividades para localizar el paradero de las demás víctimas, habían sido absolutamente deficientes. De hecho, únicamente habían sido recuperadas 19 osamentas ubicadas en una fosa común y solo se había logrado identificar a 4 víctimas.

Por otro lado, la Corte Interamericana advirtió que las diligencias que se habían realizado hasta ahora habían consistido, fundamentalmente, en la recopilación de declaraciones y documentos, pero no habían sido encaminadas a una búsqueda activa de la verdad de lo ocurrido.

No constaba en el expediente que existiera un análisis serio de la información recopilada con miras a emprender acciones investigativas adicionales o seguir líneas de investigación diversas. Esto contribuyó a la impunidad del caso, sin procesamientos ni sanciones contra los autores materiales e intelectuales de los hechos.

1.2.2 Obstaculizaciones ocurridas en el marco del procedimiento surgido a raíz de la masacre

La Corte Interamericana recordó que las autoridades estatales debían colaborar en la recolección de la prueba y abstenerse de obstruir la marcha del proceso investigativo. Además, en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público y seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas correspondientes.

Eso fue justamente lo que sucedió en este caso, ya que, lejos de colaborar con la investigación, el Ministerio de Defensa realizó acciones encaminadas a dilatar y obstaculizar la obtención de información relevante para las investigaciones, lo que favoreció el actual estado de impunidad.

1.2.3 Plazo razonable

La Corte Interamericana observó que habían transcurrido más de 39 años desde que había ocurrido la masacre sin que ninguna de las investigaciones hubiera

superado la etapa investigativa. La Corte Interamericana concluyó que era evidente que la investigación no se había llevado a cabo dentro de un plazo razonable.

1.2.4 Conclusión

Por todo lo expuesto, la Corte Interamericana determinó que Guatemala era responsable de la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, así como de la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1 y el art. I.b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

1.3 Integridad personal

La Corte Interamericana consideró que los familiares directos de las personas desaparecidas, así como de las personas ejecutadas, habían visto afectada su integridad personal. Además, en lo que respecta a las alegadas afectaciones a la integridad personal de las víctimas sobrevivientes de la masacre —y que, a su vez, no son los familiares directos de las personas que fueron desaparecidas o asesinadas— por la impunidad del caso, la Corte Interamericana consideró que la gravedad de la masacre permitía concluir que se había afectado su integridad personal por el grave sufrimiento y daño psicológico que habían padecido.

En consecuencia, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional de Guatemala por la violación del art. 5 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de esas personas.

2. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que la sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: a) remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantienen la impunidad en este caso e iniciar, continuar, impulsar y/o reabrir las investigaciones necesarias para individualizar, juzgar y sancionar a los responsables; b) elaborar un plan detallado y orgánico, con objetivos y metas concretas y definición de procesos de evaluación periódica, para la búsqueda de los miembros de la Aldea Los Josefinos desaparecidos forzosamente, así como para la localización, exhumación e identificación de las personas presuntamente ejecutadas y la determinación de las causas de muerte; c) implementar las medidas necesarias y garantizar las condiciones adecuadas para que las personas desplazadas puedan retornar a sus comunidades de origen, si así lo desean; d) implementar una medida de fortalecimiento del centro de salud ubicado en la aldea mediante la dotación de recursos humanos permanentes y calificados en materia de atención a la salud física, psicológica y odontológica, medicamentos y ambulancias equipadas; e) continuar con la construcción del monumento en la zona donde se encontró la fosa clandestina y con la instalación de una placa conmemorativa de los hechos; f) realizar las publicaciones indicadas en la sentencia; g) realizar un documental audiovisual sobre la masacre y el impacto que tuvo en la comunidad; h) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de daño material, inmaterial, costas y gastos, y i) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del caso.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala* (fondo y reparaciones), sentencia del 3-11-2021, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_442_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social. Obligación de respetar los derechos sin discriminación. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Martina Vera Rojas nació el 12 de mayo de 2006. Fue adoptada por Carolina Rojas y por Ramiro Vera en agosto de ese año. La familia Vera Rojas vive en Arica, una ciudad fronteriza ubicada al norte de Chile. En 2007, Martina fue diagnosticada con Síndrome de Leigh, una enfermedad progresiva que genera secuelas neurológicas y musculares graves. Vera contrató con la empresa privada Isapre MasVida un seguro de salud con una “cobertura especial para enfermedades catastróficas” (en adelante, CAEC). El seguro permitió que Martina tuviera acceso a un “régimen de hospitalización domiciliaria” (RHD) desde noviembre de 2007. El RHD permite que un paciente reciba en su domicilio un tratamiento con la misma complejidad, intensidad y duración que el que recibiría en el hospital.

En octubre de 2010, Isapre MasVida envió una carta a Vera para comunicarle la culminación del RHD. En esa carta, la empresa señaló que, en virtud de la Circular IF/n.º 7 de la Superintendencia de Salud, se excluían los tratamientos de enfermedades crónicas del RHD y que, en el caso que Martina experimentara alguna complicación médica que requiriera internación hospitalaria, se designaba como prestador al Hospital de Arica. Vera formuló un reclamo ante la Superintendencia de Salud, pero Isapre mantuvo su decisión de retirar el RHD. La familia presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Arica, que fue resuelto a su favor. Isapre apeló la decisión y la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Arica.

Ante el rechazo del recurso de protección, los padres iniciaron una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana. Además, formularon una denuncia ante la Superintendencia de Salud. En abril de 2012, la jueza árbitro que conoció del caso resolvió a favor de la reinstalación del RHD para Martina Vera y ordenó el pago de los gastos que no había sido cubiertos por la aseguradora, más los

intereses corrientes devengados en el mismo período. Isapre interpuso un recurso de reposición en contra de la sentencia de 2012, que fue rechazado y presentó un recurso de apelación ante la Superintendencia de Salud, que tampoco fue admitido.

De esta forma, en agosto de 2012, se restableció la cobertura de la CAEC para la hospitalización domiciliaria de Martina Vera. Asimismo, Isapre reintegró a la familia los gastos derivados del período en que no había cubierto el RHD. La cobertura de la CAEC para la hospitalización domiciliaria se mantuvo desde la decisión de la Superintendencia de Salud. Sin embargo, los padres interpusieron diversos reclamos ante Isapre y la Superintendencia de Salud por fallos o incertidumbre respecto al servicio de atención médica. En la actualidad, Martina tiene 15 años de edad, cuenta con la cobertura del seguro catastrófico y recibe atención hospitalaria en su domicilio.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de Martina Vera Rojas, y del derecho a la integridad personal de sus padres, Carolina Rojas y Ramiro Vera. En particular, la Corte Interamericana encontró que los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, habían sido afectados por la decisión de la aseguradora privada Isapre MasVida de retirar el servicio de hospitalización domiciliaria de la niña. La decisión de la aseguradora se basó en una disposición reglamentaria de la Superintendencia de Salud, que permitía el retiro, por lo que la Corte Interamericana determinó que el Estado chileno había incumplido con su deber de regulación de los servicios de salud. Asimismo, estableció que los sufrimientos de los padres de Martina habían constituido una violación a su derecho a la integridad personal. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación de los arts. 4, 5, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts 1.1 y 2 del mismo instrumento.

1. Excepciones preliminares

El Estado presentó tres excepciones preliminares, que fueron rechazadas. En cuanto a la falta de agotamiento de los recursos internos, la Corte Interamericana consideró que esta excepción no había sido alegada en el momento procesal oportuno y, por lo tanto, era extemporánea. Respecto de la excepción por improcedencia de la denuncia de la peticionaria a partir de agosto de 2012 por falta de objeto, la Corte Interamericana consideró que los alegatos del Estado planteaban cuestiones que correspondían al análisis sobre el fondo de la controversia. En cuanto a los alegatos sobre la incompetencia para conocer eventuales violaciones al art. 26 de la Convención Americana, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia constante respecto de su competencia material para conocer sobre los derechos protegidos por el art. 26 de la Convención.

2. Fondo

El análisis de este caso fue realizado en el siguiente orden: 1) derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en

relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Martina Vera Rojas; 2) derecho a la integridad personal de Carolina Rojas y Ramiro Vera.

2.1 Derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la salud, la niñez y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. La Corte Interamericana analizó la responsabilidad del Estado a partir de los estándares relativos al deber de prevención. Dado que la salud es un bien público, el Estado debe prevenir que terceros interfirieran indebidamente en el goce de los derechos de las personas. De esta forma, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

En particular, la Corte Interamericana entendió que los tratamientos de rehabilitación por discapacidad y los cuidados paliativos eran servicios esenciales en lo que respecta a la salud infantil. De esta forma, estimó que los Estados debían garantizar los servicios sanitarios de rehabilitación y cuidados paliativos pediátricos conforme a los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad y a las particularidades del tratamiento médico que requirieran los niños y las niñas con discapacidades. De manera específica, consideró que, respecto a la accesibilidad, los tratamientos de rehabilitación y cuidados paliativos pediátricos tenían que privilegiar, en la medida de lo posible, la atención médica domiciliaria, o en un lugar cercano a su domicilio, con un sistema interdisciplinario de apoyo y orientación al niño o la niña y su familia, así como contemplar la preservación de la vida familiar y comunitaria. Sostuvo que los cuidados especiales y la asistencia necesaria para un niño o una niña con discapacidad debía incluir, como elemento fundamental, el apoyo a las familias a cargo de su cuidado durante el tratamiento, en especial a las madres, en quienes tradicionalmente recaen las labores de cuidado.

Asimismo, respecto del acceso a la información, la Corte Interamericana consideró que los niños y las niñas, y sus cuidadores, debían tener acceso a la información relacionada con las enfermedades o discapacidades que sufrieran, incluidas sus causas, cuidados y pronósticos. Esta información tenía que ser accesible en relación con los médicos tratantes, pero también respecto del resto de las instituciones que pudieran estar involucradas en el tratamiento que recibe el niño o la niña. Esto incluye a las instituciones encargadas del manejo de los seguros privados, ya que resultan centrales en el acceso a los servicios de salud. Por ende, el Estado debe regular que los afiliados de las aseguradoras privadas tengan acceso a la información sobre las condiciones de tratamiento efectivo, lo que incluye las condiciones de cobertura de los servicios y los recursos de los que dispone el afiliado en caso de inconformidad.

En este caso concreto, la Corte Interamericana consideró que el contenido sustantivo de la Circular n.º 7, al establecer la exclusión de la hospitalización domiciliaria respecto de tratamientos de enfermedades crónicas, permitía que, con independencia de la gravedad de la enfermedad del paciente y de los riesgos

del retiro del RHD, y atendiendo a un criterio de la duración y progresión de la enfermedad, Isapre pudiera retirar la cobertura de servicios de atención médica que resultaban esenciales para la preservación de la salud, la integridad personal y la vida de las personas. La Corte Interamericana advirtió que esta disposición, al no establecer ningún requisito adicional para el retiro del RHD, constituía un riesgo para los derechos humanos, pues podía restringir el acceso a un tratamiento médico fundamental para preservar la salud, integridad y vida de las personas, particularmente de niñas y niños que tuvieran enfermedades como la de Martina.

En ese sentido, la Corte Interamericana indicó que las disposiciones que permitían la modificación o el retiro de las condiciones de atención médica debían contemplar adecuadamente tanto los riesgos que conllevaban para los derechos de las personas en las situaciones concretas como las condiciones especiales de vulnerabilidad que enfrentarían los pacientes.

Asimismo, la Corte Interamericana advirtió que la circular mencionada permitía que las aseguradoras distinguieran entre personas que podían recibir el RHD sobre la base de la duración y progresión de la enfermedad, aun cuando la CAEC tiene como objetivo permitir que los asegurados tengan acceso a la cobertura de los gastos de la atención médica de enfermedades graves y de alto costo. De esta forma, la distinción que planteaba la norma, que permitía excluir del RHD las enfermedades crónicas, resultaba arbitraria, pues, desde una perspectiva médica, la duración y progresividad de la enfermedad no es un elemento determinante respecto de la pertinencia de un tratamiento médico que requiere hospitalización domiciliaria. Así, la Corte Interamericana consideró que la existencia de la causal prevista por la Circular n.º 7 provocaba el efecto práctico de que personas que tenían contratada la CAEC y que se encontraban en la misma circunstancia (es decir, que requerían de una atención médica conforme al RHD) fueran excluidas de ese beneficio por el hecho de que su enfermedad era crónica. Esta distinción, basada en un criterio temporal y sin tomar en cuenta las necesidades de atención médica de enfermedades graves, derivaba en una norma discriminatoria en relación con la garantía de los derechos a la salud, la niñez, la integridad personal y la vida.

Por otro lado, la Corte Interamericana advirtió que este caso había planteado una cuestión de regresividad en términos del art. 26 de la Convención. La Corte Interamericana constató previamente a la adopción de la Circular n.º 7, la CAEC estaba regulada por la Circular n.º 59 de febrero de 2000. Esta circular no excluía el tratamiento de enfermedades crónicas de la cobertura de la CAEC. Sin embargo, con la adopción de la Circular n.º 7, se introdujo esa causal de exclusión de cobertura. Dado que esa causal había establecido una distinción arbitraria y discriminatoria que implicaba una restricción a los derechos a la salud y la seguridad social, la Corte Interamericana sostuvo que era una medida deliberadamente regresiva, sin justificación en el contexto de las obligaciones internacionales del Estado en cuanto al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

De esta forma, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había incumplido con su deber de regulación de los servicios de salud a través de la disposición de la Circular n.º 7 de julio de 2005. Determinó que la decisión de

la aseguradora privada había puesto en riesgo los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Martina Vera, protegidos por los arts. 4, 5, 19 y 26 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento. También observó que la existencia de esa norma constituía un incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo del Estado en términos del art. 26 de la Convención Americana.

Por otro lado, la Corte Interamericana analizó, en aplicación del principio de complementariedad, si las violaciones en este caso habían cesado y habían sido reparadas por la decisión de la jueza árbitro de abril de 2012 (confirmada por el superintendente de Salud en agosto de 2012), en virtud de la cual se restituyó el RHD a favor de Martina, se dispuso el pago de los gastos realizados por sus padres y se modificó la norma que permitía la exclusión del RHD. Al respecto, la Corte Interamericana consideró que, si bien las acciones del Estado constituían un acto encomiable, el hecho ilícito internacional no había cesado en su totalidad ni había sido reparado integralmente, ya que, con posterioridad al restablecimiento del RHD, los padres de Martina experimentaron un conflicto constante con Isapre, lo que demostraba que el riesgo para los derechos de Martina persistía. Por lo tanto, concluyó que el Estado era internacionalmente responsable, en los términos del párrafo anterior, por la violación de los derechos a la vida, vida digna, integridad personal, niñez, salud, y seguridad social, en perjuicio de Martina Vera.

2.2 Derecho a la integridad personal de Carolina Rojas y Ramiro Vera. La Corte Interamericana recordó que los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos podían ser, a su vez, víctimas. En este sentido, se puede considerar vulnerado el derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas por el sufrimiento adicional que padecieron como consecuencia de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos, y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos. En este caso concreto, la Corte Interamericana advirtió que los padres de Martina, Ramiro Vera y Carolina Rojas, habían experimentado momentos de enorme estrés, dolor y abandono provocados por la incertidumbre que les producía el riesgo en que se encontraba su hija tras el anuncio del retiro del RHD, así como por los diferentes procesos ante Isapre y las instancias que siguieron para lograr el restablecimiento de la hospitalización domiciliaria. Asimismo, determinó que la situación de estrés había provocado una serie de efectos físicos y psicológicos en las víctimas. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado chileno era responsable por la violación al art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Ramiro Vera Luza y Carolina Rojas Farias.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana determinó las siguientes medidas de reparación integral. Restitución y rehabilitación: a) asegurar la vigencia del tratamiento médico de Martina Vera, así como aquellos tratamientos que pudiera necesitar en

el futuro por su enfermedad, en caso de fallecimiento de sus padres o de que se vean imposibilitados de cubrir el seguro, b) entregar a Martina una silla de ruedas neurológica que le permita trasladarse al hospital cuando sea necesario y c) garantizar tratamiento médico y psicológico y/o psiquiátrico a los padres. Satisfacción: a) publicar el resumen oficial de la sentencia una sola vez en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional y b) publicar la sentencia en su integridad en el sitio web oficial de la Superintendencia de Salud, del Poder Judicial y de Isapre. Garantías de no repetición: adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para que la Defensoría de la Niñez tenga conocimiento y participe, de ser necesario, en todos los procesos ante la Superintendencia de Salud, o en los procesos judiciales en los que se pudieran ver afectados los derechos de niños o niñas como consecuencia de las acciones de las aseguradoras privadas. Indemnizaciones compensatorias: a) pagar las sumas monetarias fijadas en la sentencia por daño inmaterial y b) el reintegro de costas y gastos.

Los jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Ricardo Pérez Manrique presentaron votos individuales concurrentes.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 1-10-2021, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf.



Responsabilidad internacional de Estado. Garantías judiciales. Acceso a la Justicia. Plazo razonable. Igualdad ante la ley. Inmunidad parlamentaria. Protección judicial. Derecho a la integridad personal. Violencia de género. Discriminación. Familiares. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Deber del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso:

El contexto de violencia contra la mujer en Brasil

La violencia contra las mujeres en Brasil era, para la fecha de los hechos de este caso, un problema estructural y generalizado. Entre 2006 y 2010, los datos de la Organización Mundial de la Salud sobre los homicidios de mujeres, recopilados

en 84 países, colocaron a Brasil en el séptimo lugar. La Facultad Latino-Americana de Ciencias Sociales en 2015 y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2016 calificaron a Brasil como el país con la quinta tasa más alta del mundo de homicidios de mujeres por razones de género.

Por otra parte, en el estado de Paraíba, las tasas de homicidios de mujeres entre 1990 y 2000 no variaron sustancialmente. Sin embargo, para 2017, el número de mujeres asesinadas por cada 100 mil habitantes casi se duplicó en relación con los datos de 1990.

Hay una significativa diferencia por raza en las muertes violentas de mujeres en Brasil. De forma general, la tasa de victimización de las mujeres negras en el país es 66 veces superior a la de mujeres blancas. El perfil específico de víctimas corresponde, en mayor cantidad, a mujeres jóvenes, negras y pobres. Asimismo, en Paraíba en concreto, entre 2000 y 2017, el número de mujeres negras asesinadas se duplicó y, en 2018, la tasa de mujeres negras asesinadas fue cuatro veces mayor que la tasa de homicidios de otras mujeres.

El homicidio de Márcia Barbosa de Souza

Márcia Barbosa de Souza era una estudiante afrodescendiente de veinte años de edad, en situación de pobreza, residente en la ciudad de Cajazeiras, ubicada en el interior de Paraíba. Vivía con su padre, S. R. S., su hermana menor, Mt. B. S., y muy cerca de la casa de su madre, M. B. S.

El 13 de junio de 1998, Márcia Barbosa y su hermana viajaron a João Pessoa, la capital de Paraíba. El 17 de junio, aproximadamente a las 19 horas, Márcia Barbosa recibió una llamada del entonces diputado estatal de Paraíba, Aécio Pereira de Lima, a quien conocía desde noviembre de 1997. A las 21 horas, Márcia Barbosa y Pereira de Lima se encontraron en el Motel Trevo, desde donde Márcia conversó con varias personas a través del celular que utilizaba el entonces diputado. Una de ellas, incluso, habló con él.

El 18 de junio, un transeúnte observó que alguien tiraba el cuerpo de una persona, posteriormente identificada como Márcia Barbosa, desde un auto a un terreno baldío cerca de João Pessoa. Al momento del descubrimiento, el cuerpo presentaba escoriaciones, equimosis y vestigios de arena. La autopsia reveló que la cavidad craneal, torácica abdominal y el cuello presentaban una hemorragia interna y, como causa de muerte, determinó la asfixia por sofocación, que fue consecuencia de una acción mecánica. Por su parte, el perito médico legal determinó que había sido golpeada antes de morir.

El 19 de junio de 1998, se inició formalmente la investigación policial. El 21 de julio, el comisario a cargo de la investigación emitió un informe que indicó la participación directa de Pereira de Lima en el delito, además de indicios de la participación de otras cuatro personas: D. D. P. M., L. B. S., A. G. A. M. y M. D. M.

El 8 de octubre de 1998, por la inmunidad parlamentaria de la que gozaba el entonces diputado estatal, el procurador general presentó la acción penal ante el Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba con la reserva de que solo se podía iniciar si la Asamblea Legislativa lo permitía. Al respecto, el 14 de octubre de 1998 y el 31

de marzo de 1999 se solicitó la respectiva autorización, que fue rechazada el 17 de diciembre de 1998 y el 29 de septiembre de 1999, respectivamente.

A partir del 12 de abril de 2002, el Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba realizó diligencias que culminaron en la opinión escrita del procurador general, quien argumentó que, en razón de las modificaciones introducidas por la Enmienda Constitucional 35/2001, era competencia del Poder Judicial continuar con el caso.

El 14 de marzo de 2003, el proceso penal contra Pereira de Lima se inició formalmente ante el Juzgado de Primera Instancia de João Pessoa. El 27 de julio de 2005, se dictó la sentencia *de pronuncia*, por lo que el acusado debía ser sometido al Tribunal del Jurado ante la existencia de indicios suficientes para determinar su autoría en el delito de homicidio calificado por motivo fútil y mediante asfixia, y por ocultación de cadáver. Pereira de Lima recurrió la decisión.

El 26 de septiembre de 2007, el Primer Tribunal del Jurado de João Pessoa lo condenó a 16 años de prisión por los delitos de homicidio y ocultación del cadáver de Márcia Barbosa. Pereira de Lima recurrió la sentencia. El 12 de febrero de 2008, antes de que el recurso fuera examinado, Aécio Pereira de Lima murió de un infarto, por lo que se extinguió la punibilidad y se archivó del caso.

En cuanto a las investigaciones conducidas por la policía civil en relación con D. D. P. M., M. D. M., L. B. S. y A. G. A. M, en marzo de 2003, el Ministerio Público recomendó el sobreseimiento del expediente por insuficiencia de prueba, lo que fue dispuesto por el juez.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró internacionalmente responsable a la República Federativa de Brasil por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y con la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, en perjuicio de M. B. S. y S. R. S., madre y padre de Márcia Barbosa de Souza. Esta decisión es consecuencia de la aplicación indebida de la inmunidad parlamentaria en beneficio del principal responsable del homicidio, la falta de debida diligencia en las investigaciones realizadas, el carácter discriminatorio en razón de género de esas investigaciones, así como la violación del plazo razonable. En razón de lo anterior, se declaró al Estado responsable por la violación de los arts. 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 y 2 y el art. 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Además, declaró responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de M. B. S. y S. R. S.

1. Excepciones preliminares

El Estado opuso tres excepciones preliminares. Sobre la alegada incompetencia *ratione temporis* respecto de hechos anteriores a la fecha de reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana, esta encontró parcialmente fundada la

excepción preliminar. En cuanto la alegada falta de agotamiento de recursos internos, la Corte Interamericana desestimó esa excepción.

Finalmente, sobre la alegada incompetencia *ratione personae* en cuanto a las víctimas no listadas en el informe de la Comisión Interamericana, y posteriormente rectificadas como “cuestión previa al análisis de fondo”, la Corte Interamericana observó que este alegato no constituía una excepción preliminar, por lo que lo examinó en el acápite de consideración previa. Al respecto, consideró como presuntas víctimas a la madre y al padre de Márcia Barbosa, tal como fueron identificados en el informe de fondo de la comisión.

2. Fondo

2.1 Derechos a las garantías judiciales, igualdad ante la ley y protección judicial, en relación con las obligaciones de respeto y garantía, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y las obligaciones previstas en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará

La Corte Interamericana realizó algunas consideraciones generales sobre la inmunidad parlamentaria, que fue analizada por primera vez en el marco del derecho de acceso a la Justicia y la obligación reforzada de investigar con debida diligencia. Posteriormente, examinó su aplicación en este caso concreto, que concierne, además, a la inmunidad parlamentaria formal o procesal.

Al respecto, la Corte Interamericana señaló que la inmunidad parlamentaria es un instituto ideado como garantía de independencia del órgano legislativo en su conjunto y de sus miembros, y no puede concebirse como un privilegio personal de un parlamentario. En esta medida, cumpliría el rol de garantía institucional de la democracia. No obstante, bajo ninguna circunstancia, la inmunidad parlamentaria puede transformarse en un mecanismo de impunidad, porque erosionaría el Estado de derecho, sería contrario a la igualdad ante la ley y haría ilusorio el acceso a la Justicia de las personas afectadas.

La Corte Interamericana consideró que, frente a un caso concreto, la decisión sobre la aplicación o levantamiento de la inmunidad parlamentaria procesal por el órgano parlamentario debe: a) seguir un procedimiento célere, previsto por ley o en el reglamento del órgano legislativo, que contenga reglas claras y respete las garantías del debido proceso; b) abarcar un estricto test de proporcionalidad, que debe analizar la acusación formulada contra el parlamentario y tomar en cuenta el impacto al derecho de acceso a la Justicia de las personas que pueden verse afectadas y las consecuencias de impedir el juzgamiento de un hecho delictivo, y c) estar motivada en relación con la identificación y justificación de la existencia o no de un *fumus persecutionis* en el ejercicio de la acción penal dirigida contra el parlamentario.

La Corte Interamericana concluyó que el marco jurídico constitucional de Paraíba y reglamentario en Brasil, para la fecha de los hechos, había obstaculizado de forma arbitraria el acceso a la Justicia de los familiares de Márcia Barbosa, al no prever los criterios que debían tomarse en cuenta en el análisis de la solicitud de licencia previa, la necesidad de motivación de la decisión o el plazo para la resolución final. Además, señaló que la falta de motivación de las dos decisiones adoptadas por

la Asamblea Legislativa de Paraíba indicaba que no se había realizado un riguroso test de proporcionalidad, ni evaluado el impacto al derecho de acceso a la Justicia de las personas que podrían verse afectadas por las decisiones. De igual manera, determinó que la negativa del levantamiento de la inmunidad parlamentaria propiciaba la impunidad del homicidio e impedía el acceso efectivo a la Justicia de sus familiares.

En cuanto a la investigación sobre los demás sospechosos, la Corte Interamericana señaló que, pese a los fuertes indicios de que la muerte violenta de Márcia Barbosa había sido resultado de violencia de género, el Estado no había realizado diligencia probatoria alguna para establecerlo. Al examinar el acervo probatorio del caso, la Corte Interamericana constató que, si bien existían indicios que apuntaban en dirección a la posible participación de otras personas en el homicidio, la policía de Paraíba no había hecho diligencias investigativas relevantes. Concluyó que el Estado no había cumplido con su obligación de actuar con la debida diligencia para investigar seriamente y de manera completa la posible participación de todos los sospechosos.

Sobre la garantía del plazo razonable, la Corte Interamericana consideró que, en este caso, no era necesario analizar los cuatro elementos establecidos en su jurisprudencia, dado que el retraso en el desarrollo del proceso se debía principalmente a los casi cinco años durante los cuales la acción penal no pudo ser iniciada por la negativa arbitraria de la Asamblea Legislativa a otorgar la licencia previa para el enjuiciamiento penal de Pereira de Lima. Asimismo, señaló que la aplicación arbitraria de la inmunidad parlamentaria, la demora excesiva y la sensación de impunidad generada por la falta de respuesta judicial habían agravado la situación de los familiares de Márcia Barbosa, aunado a los casi diez años transcurridos desde los hechos hasta la sentencia penal condenatoria en primera instancia. Por lo tanto, la Corte Interamericana concluyó que Brasil había violado el plazo razonable en la investigación y tramitación del proceso penal relacionado con el homicidio de Márcia Barbosa.

En relación con la alegada utilización de estereotipos de género en las investigaciones, la Corte Interamericana recordó su jurisprudencia sobre el alcance y contenido de los arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana y verificó que, en este caso, existía una intención de devaluar a la víctima por la neutralización de valores. En efecto, durante toda la investigación y el proceso penal, el comportamiento y la sexualidad de Márcia Barbosa pasaron a ser un tema de especial atención, lo que construyó una imagen de ella como propiciatoria o merecedora de lo ocurrido y desvió el foco de las investigaciones. La Corte Interamericana concluyó que la investigación y el proceso penal por los hechos relacionados con el homicidio habían tenido un carácter discriminatorio por razón de género y habían carecido de una perspectiva de género acorde con las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belém do Pará.

En síntesis, la Corte Interamericana encontró que Brasil había violado los derechos a las garantías judiciales, la igualdad ante la ley y la protección judicial establecidos en los arts. 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con sus arts. 1.1 y 2, así como las obligaciones contempladas en el art. 7.b de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de M. B. S. y S. R. S.

2.2 Derecho a la integridad personal de los familiares de Márcia Barbosa

La Corte Interamericana señaló que el acervo probatorio de este caso permitía constatar que M. B. S. y S. R. S. habían padecido un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral, debido a: a) el homicidio de su hija; b) la actuación de las autoridades estatales respecto de la investigación; c) la cobertura mediática del caso que especuló sobre la vida personal y la sexualidad de Márcia y reforzó estereotipos de género, y d) el homenaje realizado al ex diputado en el Salón de la Asamblea y el luto oficial decretado por tres días, a pesar de la existencia de una condena en primera instancia por el homicidio.

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había violado el derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de M. B. S. y S. R. S.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que la sentencia constituía, por sí misma, una forma de reparación. Asimismo, ordenó al Estado de Brasil las siguientes medidas de reparación integral: a) medidas de satisfacción: publicar la sentencia y realizar un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional; b) garantías de no repetición: diseñar e implementar un sistema nacional y centralizado de recopilación de datos que permitan el análisis cuantitativo y cualitativo de hechos de violencia contra las mujeres y, en particular, muertes violentas de mujeres, crear e implementar un plan de formación, capacitación y sensibilización continuada a fuerzas policiales a cargo de la investigación y a operadores de justicia del estado de Paraíba, con perspectiva de género y raza, realizar una jornada de reflexión y sensibilización en la Asamblea Legislativa del estado de Paraíba sobre el impacto del feminicidio, la violencia contra la mujer y la utilización de la figura de la inmunidad parlamentaria, y adoptar e implementar un protocolo nacional para la investigación de feminicidios, y c) indemnizaciones compensatorias: pagar las sumas monetarias fijadas en la sentencia en virtud de la imposibilidad de reabrir la investigación penal sobre los otros posibles partícipes del homicidio; por concepto de indemnización por daño material y daño inmaterial; por el pago de costas y gastos, y la suma que permita a M. B. S. sufragar los gastos de los tratamientos médicos, psicológicos y/o psiquiátricos que sean necesarios.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 7-9-2021, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Garantías judiciales. Debido proceso. Acusación previa. Defensa en juicio. Derecho a la honra y a la dignidad. Derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad. Garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso:

1. Víctimas del caso y procedimiento de evaluación y ratificación al que fueron sometidas

1.1 Respecto a Jorge Luis Cuya Lavy

Cuya Lavy fue designado juez especializado en lo civil del Distrito Judicial de Lima en noviembre de 1994. Posteriormente, fue asignado de forma permanente al Tercer Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Norte. En septiembre de 2002, el pleno del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) puso en conocimiento los procesos individuales de evaluación y ratificación y acordó convocarlo. En octubre de 2002, se le realizó una entrevista personal. En noviembre de 2002, el CNM determinó que no lo ratificaba y que cancelaba su nombramiento y título correspondientes. La resolución no fue motivada. El 4 de diciembre de 2002, Cuya Lavy interpuso una acción de amparo ante el Juzgado Especializado Civil de Lima. Solicitó declarar la ineficacia e inaplicabilidad del acuerdo del Consejo Pleno de la Magistratura y la Resolución n.º 500-2002-CNM, así como su restitución en el cargo y la plena validez de su nombramiento como juez. En diciembre de 2002, el Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente la demanda de amparo. Sostuvo que el Poder Judicial no era competente para revisar las resoluciones de ratificaciones expedidas por el CNM. Cuya Lavy interpuso un recurso de apelación contra esta decisión. En marzo de 2003, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima admitió la apelación, declaró nula la resolución de diciembre de 2002 y ordenó expedir una nueva. Cuya Lavy interpuso un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional. La Sala Segunda del tribunal declaró infundada la acción de amparo, ya que sostuvo que la función de ratificación ejercida por el CNM “excepcionalmente puede ser revisada en los supuestos de ejercicio irregular” y que, en este caso, “no se encuentran razones objetivas que permitan considerar que tal situación se ha presentado”.

1.2 Respecto a Walter Antonio Valenzuela Cerna

Valenzuela Cerna fue nombrado juez de paz en 1984. En 1994, fue designado juez especializado en lo civil del Distrito Judicial de Lima. En mayo de 2002, el pleno del CNM acordó el inicio de los procesos individuales de evaluación y ratificación y lo convocó. El 20 de junio de 2002, Valenzuela Cerna presentó un recurso de amparo constitucional para solicitar que se declarara inaplicable el acuerdo del pleno del CNM en la parte que se lo convocaba al proceso de evaluación y ratificación en su cargo. Agregó que sus derechos laborales adquiridos se veían afectados, ya que había ingresado a la función judicial durante la vigencia de la Constitución de 1979,

que no contemplaba este proceso y que garantizaba su permanencia en el cargo hasta los 70 años, por lo que se estaba vulnerado el principio de irretroactividad de la ley. El proceso de evaluación y ratificación continuó en su ausencia, ya que no se presentó a la convocatoria. En agosto de 2002, mediante una resolución no motivada, el CNM declaró que no lo ratificaba y que cancelaba su nombramiento y título correspondientes. En septiembre de 2002, el Quincuagésimo Juzgado Civil de Lima declaró infundada la demanda de amparo presentada por Valenzuela Cerna, al considerar que las normas de la Constitución de 1993, en cuanto a evaluación y ratificación de magistrados, tenían aplicación inmediata si desempeñaban la función en ese momento. Valenzuela Cerna interpuso un recurso de apelación. En mayo de 2003, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró sin lugar la apelación y confirmó la sentencia de septiembre de 2002. En julio de 2003, Valenzuela Cerna presentó un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional, que lo declaró infundado, porque “del hecho que el CNM haya sometido al recurrente al proceso de evaluación y ratificación no se deriva una violación del derecho constitucional alegado, toda vez que este cumplió sus 7 años de ejercicio en la función y, por ende, la expectativa de continuar en el ejercicio del cargo dependía de que sea ratificado”. En 2004, Valenzuela Cerna presentó un recurso de nulidad, pero el Tribunal Constitucional lo denegó por determinar que no había existido vicio procesal y que se había seguido su línea jurisprudencial en materia de ratificación de magistrados.

1.3 Respecto a Jean Aubert Díaz Alvarado

Díaz Alvarado fue nombrado fiscal provincial adjunto a la Fiscalía Provincial Mixta de Huancayo del Distrito Judicial de Junín en 1989. En 2001, se lo convocó al proceso de evaluación y ratificación. Díaz Alvarado solicitó una entrevista dentro del proceso, que fue realizada. En julio de 2001, el CNM resolvió no ratificarlo y cancelar su nombramiento y título correspondientes. La decisión no fue motivada. En noviembre de 2006, Díaz Alvarado interpuso un amparo en contra de esa decisión ante el Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón, en el que solicitó que se declarara inaplicable la resolución del CNM, se dispusiera su reposición en el cargo y se reconocieran sus derechos inherentes. En diciembre de 2006, el juzgado declaró improcedente la demanda. Díaz Alvarado apeló esta decisión y, en agosto de 2007, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia confirmó la resolución y declaró improcedente la acción de amparo. En septiembre de 2007, Díaz Alvarado presentó un recurso de agravio constitucional contra la decisión anterior, que fue declarado improcedente por el Tribunal Constitucional, por haber prescrito la acción debido al vencimiento del plazo previsto.

1.4 Respecto a Marta Silvana Rodríguez Ricse

Rodríguez Ricse fue designada fiscal provincial adjunta a la Fiscalía Provincial Mixta de Huancayo del Distrito Judicial de Junín en 1987. En enero de 2001, se la convocó al proceso de evaluación y ratificación. En julio de 2001, el CNM resolvió no ratificarla y cancelar su nombramiento y título correspondientes. La decisión no fue motivada. En diciembre de 2006, Rodríguez Ricse presentó una acción de amparo y solicitó que se declarara inaplicable la resolución del CNM, se dispusiera

su reposición en el cargo y se reconocieran sus derechos inherentes. El Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón declaró improcedente el amparo. En enero de 2007, Rodríguez Ricse interpuso un recurso de apelación, que fue declarado sin lugar por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Lima Norte, con base en que el plazo para la presentación de la acción de amparo había prescrito. En agosto de 2007, Rodríguez Ricse presentó un recurso de agravio constitucional contra la decisión anterior, pero el Tribunal Constitucional lo declaró improcedente por la presentación extemporánea de la acción, debido al vencimiento del plazo previsto, y porque no se había acreditado el carácter continuo de la afectación.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado del Perú por una serie de violaciones de derechos cometidas en el marco de los procesos de evaluación y ratificación a los que fueron sometidos dos jueces y dos fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura entre 2001 y 2002. Durante los procesos, a las víctimas no se les permitió conocer previa y detalladamente la acusación formulada, ni contaron con el tiempo y los medios adecuados para su defensa. Las resoluciones de no ratificación en sus cargos no tuvieron motivación alguna, lo que ocasionó también una afectación al derecho de la honra y de la dignidad. También se afectó indebidamente el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad. Además, las víctimas no contaron con un mecanismo idóneo y eficaz para proteger la garantía de estabilidad en el cargo, en vista de que los recursos presentados fueron declarados improcedentes bajo el argumento de que las resoluciones del CNM no podían ser revisadas en sede judicial.

En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que Perú era responsable de la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1, 8.2.b), 8.2.c), 11.1, y 23.1.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Jorge Luis Cuya Lavy, Jean Aubert Díaz Alvarado, Walter Antonio Valenzuela Cerna y Marta Silvana Rodríguez Ricse.

Asimismo, determinó que Perú era responsable de la violación de la protección judicial reconocida en el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Cuya Lavy, Díaz Alvarado y Rodríguez Ricse.

1. Excepciones preliminares

El Estado opuso tres excepciones preliminares, relativas a la “falta de agotamiento de los recursos internos”, a la “cuarta instancia” y a la “indebida inclusión del art. 26 de la Convención”, que fueron desestimadas por la Corte Interamericana.

2. Fondo

2.1 Las garantías específicas para salvaguardar la independencia judicial de los jueces y su aplicabilidad a los fiscales por la naturaleza de las funciones que ejercen

La Corte Interamericana reiteró que la garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo, para jueces y fiscales, implica: (a) que la separación de sus cargos debe obedecer exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque han cumplido

el término de su mandato; (b) que jueces y fiscales solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia; (c) que todo proceso debe resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad. La Corte Interamericana señaló: “A juicio de la Corte, a un proceso de evaluación o ratificación, en tanto involucra la posibilidad de destitución de los funcionarios evaluados en casos de incompetencia o bajo rendimiento, le son aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos disciplinarios, aunque su alcance pueda ser de diferente contenido o intensidad”. Una vez determinado que el proceso de evaluación es materialmente sancionatorio, le resultan aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos disciplinarios. La Corte Interamericana tuvo que determinar si, en estos casos, se cumplió o no con las garantías del debido proceso.

2.2 Deber de motivación

Es evidente que, en este caso, no se cumplió con el deber de motivar las decisiones, lo cual constituye una violación de las debidas garantías prescritas por el art. 8.1 de la Convención Americana. En este sentido, la regulación del procedimiento de evaluación y ratificación no exigía al CNM exponer la motivación de sus resoluciones, lo que resultaba incompatible con los fines de la Convención Americana, en tanto que las decisiones no contaban con una justificación de las razones del juzgador para rechazar la ratificación. Por eso, la Corte Interamericana declaró que la normativa aplicada violaba el art. 2 de la Convención Americana, en relación con el art. 8.1 del mismo tratado. La Corte Interamericana, en aplicación del principio *iura novit curia*, consideró que el Estado había vulnerado la protección de la honra y de la dignidad de las víctimas, pues quedaron señaladas como funcionarios que no habían sido ratificados en razón de su conducta o su incapacidad, sin que se expusieran los fundamentos de la decisión. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había faltado a su deber de motivar las decisiones de no ratificación, consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Cuya Lavy, Díaz Alvarado, Rodríguez Ricse y Valenzuela Cerna. Asimismo, la Corte Interamericana consideró que el Estado era responsable de no proteger el derecho de la honra y de la dignidad contenido en el art 11.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las víctimas.

2.3 Derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

La Corte Interamericana estimó, respecto a procesos de evaluación y ratificación de jueces y fiscales, que el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada implicaba que las personas evaluadas tuvieran acceso, antes del dictado de la resolución, al informe emitido por la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de Jueces y Fiscales del CNM, que serviría de fundamento a la autoridad competente para decidir. De este modo, los magistrados evaluados podrían conocer el incumplimiento

de sus obligaciones identificado por la autoridad, lo que, además, resulta indispensable para el ejercicio del derecho a la defensa. En este caso, las víctimas no tuvieron oportunidad de conocer el informe de la comisión del CNM y, por lo tanto, no pudieron desvirtuarlo ni presentar pruebas de descargo. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a tener el tiempo y los medios adecuados de defensa, contenidos en los arts. 8.2.b) y 8.2.c) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma convención, en perjuicio de Cuya Lavy, Valenzuela Cerna, Díaz Alvarado y Rodríguez Ricse.

2.4 Derechos políticos

La Corte Interamericana señaló que la desvinculación de las cuatro víctimas había desconocido las garantías del debido proceso, lo que había afectado de forma arbitraria la permanencia en sus cargos. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había vulnerado su derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad, en violación del derecho consagrado en el art. 23.1.c) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma convención, en perjuicio de Cuya Lavy, Valenzuela Cerna, Díaz Alvarado y Rodríguez Ricse.

2.5 Protección Judicial

El marco normativo vigente en Perú al momento del dictado de las decisiones impedía la revisión judicial en materia de evaluaciones y ratificaciones de jueces y fiscales. Las decisiones eran inimpugnables en sede administrativa e irrecurribles en sede judicial. Posteriormente, en 2005, según argumentó el Estado, se abrió la posibilidad de impugnarlas a través del recurso de amparo, bajo ciertas condiciones. En este caso concreto, el proceso de amparo presentado por Cuya Lavy no resultó ser un mecanismo idóneo y eficaz para proteger la garantía de estabilidad en el cargo, en tanto no obtuvo un pronunciamiento de fondo. Esta situación fue ratificada por la decisión del Tribunal Constitucional, que no permitió la revisión de la situación, ya que declaró infundado el recurso de amparo. Igualmente, los recursos de amparo presentados por Díaz Alvarado y Rodríguez Ricse también resultaron ineficaces para proteger la garantía de estabilidad en el cargo, porque no obtuvieron un pronunciamiento de fondo, sino que fueron declarados improcedentes bajo el argumento que las resoluciones del CNM no eran revisables en sede judicial. Posteriormente, el Tribunal Constitucional no admitió los recursos presentados por extemporáneos, sin tomar en cuenta los nuevos criterios jurisprudenciales y normativos producidos en 2005.

En consecuencia, la Corte Interamericana estimó que la normativa aplicable resultaba incompatible con la Convención Americana, en tanto la regulación no había permitido a las víctimas acceder a la Justicia mediante un recurso que les permitiera proteger sus derechos. Por lo tanto, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable de la violación a la protección judicial establecida en el art. 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Cuya Lavy, Díaz Alvarado y Rodríguez Ricse.

3. Reparaciones

La Corte Interamericana ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación: a) publicar la sentencia de la Corte Interamericana y su resumen; b) adecuar, en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la sentencia, y c) pagar las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de restitución, daños material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo allí dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28-9-2021, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_438_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Garantías judiciales. Derecho de defensa. Derecho a ser oído. Presunción de inocencia. Comunicación previa y detallada de los cargos formulados. Derecho a interrogar a testigos. Derecho a un juicio justo. Plazo razonable. Derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Protección judicial. Derecho a contar con un recurso efectivo. Obligación de respetar los derechos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: Vicente Aníbal Grijalva Bueno era miembro de la Fuerza Naval del Ecuador, con el cargo de capitán de corbeta perteneciente a la Dirección General de la Marina Mercante. Grijalva Bueno, en ejercicio de sus funciones, había tenido conocimiento de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas y asesinatos de tres personas por parte de miembros de la marina, por lo que denunció esas violaciones de derechos humanos a su superior jerárquico en diciembre de 1991. En 1994, Grijalva Bueno expuso públicamente en los medios de comunicación las denuncias.

En febrero de 1992, Grijalva Bueno fue designado capitán del Puerto Bolívar, provincia de El Oro. Según lo manifestado por la fuerza naval en un oficio del 27 de agosto de 2007, en julio de 1992 el Servicio de Inteligencia (SERINT) inició una investigación contra Grijalva Bueno y otros agentes por diversas irregularidades: a) la publicación de notas periodísticas en las que pescadores manifestaron ser víctimas de extorsiones por parte del personal naval en Puerto Bolívar; b) las denuncias del jefe de inteligencia EG y otras personas sobre un presunto contrabando de combustible realizado por personal naval en Puerto Bolívar, y c) el cobro a trabajadoras sexuales para permitirles ingresar a los buques en ese lugar. En octubre de 1992, el inspector

general remitió el informe de la Comisión de Asuntos Administrativos, en el que concluyó que Grijalva Bueno había cometido delitos y recomendó que el Juzgado de la Primera Zona Naval iniciara una investigación.

En octubre de 1992, el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Naval emitió una resolución por la que puso a Grijalva Bueno “en situación de disponibilidad por convenir al buen servicio”. En noviembre de 1992, el presidente de la República firmó el Decreto 264, que dispuso que Grijalva Bueno fuera “oficialmente puesto en disponibilidad”. En mayo de 1993, el Decreto Ejecutivo 772 le dio la baja permanente.

En septiembre de 1994, Grijalva Bueno, junto con otras personas, presentó un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (actualmente denominado Corte Constitucional). Ese tribunal, mediante la Resolución 181-95-CP, estableció que, en el procedimiento de disponibilidad y baja de los reclamantes, se habían infringido las normas contenidas en el literal d), numeral 17, del art. 19 de la Constitución. Por lo tanto, el Decreto Ejecutivo 772/1993 era “inconstitucional como resultado final de un acto complejo que nació inconstitucionalmente”. En consecuencia, el Tribunal de Garantías Constitucionales aceptó la queja y concedió “el término de treinta días para que los reintegren a las Fuerzas Armadas y los restituyan en todos sus derechos”.

A raíz de la investigación llevada a cabo por el SERINT, en noviembre de 1993 el comandante general de marina ordenó el inicio de acciones contra Grijalva Bueno. En junio de 1994, el juez penal militar de la primera zona naval inició el proceso y, en julio de 1996, declaró concluido el sumario. En septiembre de 1996, el Juzgado Militar de la Primera Zona Militar elevó los autos a la Corte de Justicia Militar.

En marzo de 2000, el comandante de zona y juez militar de la primera zona aval dictó una sentencia condenatoria contra Grijalva Bueno y el otro imputado. El fallo estableció: “a) Que el CPCB-IM VICENTE ANIBAL GRIJALBA BUENO, cuyo estado y condición obran de autos, es el autor del delito que se encuentra tipificado y sancionado en el art. 146, numerales 4to. Y 8vo. Del Código Penal Militar por lo que se impone la pena de DOSCIENTOS DÍAS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, la misma que la cumplirá en la Cárcel Naval de San Eduardo del Cuerpo de Infantería de Marina de esta ciudad de Guayaquil”.

Los imputados apelaron esa sentencia y el proceso pasó a conocimiento de la Corte de Justicia Militar. Este tribunal desechó el recurso de apelación interpuesto y confirmó en todas sus partes la sentencia dictada por el juez de la primera zona naval, por lo que ratificó la culpabilidad de Grijalva Bueno y de otro oficial. En la sentencia, la Corte de Justicia Militar indicó que “la defensa del encausado se limitó a esgrimir asuntos ajenos al juicio tales como revanchismos y enemistades de varios miembros de la Marina que le habrían perjudicado, hechos que resultaron ser totalmente inconexos en relación al proceso”. Agregó que “los testimonios vertidos en el proceso son concordantes en cuanto a la forma, circunstancias y sucesión de hechos, los que se ajustan perfectamente con la prueba documental [...]. La defensa de los encausados, frente a los hechos imputados, no logra desvanecer los cargos en su contra [...]”.

En diciembre de 2007, el juez de la primera zona naval declaró la prescripción y archivó el expediente. Grijalva Bueno no cumplió la pena de prisión.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado de Ecuador era responsable internacionalmente por: a) la violación del derecho a interrogar testigos; b) la violación del debido proceso y de las garantías judiciales indispensables relacionadas con el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la igualdad procesal, el derecho a un juicio justo, así como respecto al plazo razonable, y c) la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión.

En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que Ecuador era responsable de la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1, 8.2, 8.2.f), así como en el art. 13.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Grijalva Bueno y en relación con el proceso penal militar.

Asimismo, determinó que Ecuador, a la luz del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado, era responsable de la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1, 8.2, 8.2.b), 8.2.c), 25.1 y 25.2.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con su art. 1.1, respecto del proceso de destitución, en perjuicio de Grijalva Bueno.

1. Excepción preliminar

El Estado opuso una excepción preliminar relativa a la “cuarta instancia”, que fue desestimada por la Corte Interamericana.

2. Fondo

2.1 Derecho a interrogar testigos

La Corte Interamericana advirtió que, de acuerdo con los hechos, la defensa de Grijalva Bueno no había podido ejercer su derecho de contrainterrogar a los testigos y, por lo tanto, no había podido controlar el contenido de sus declaraciones, que sirvieron para fundamentar la sentencia condenatoria en el proceso penal militar. Además, observó que la sola presencia del defensor en esa diligencia era una garantía indispensable para el ejercicio del derecho de defensa.

En consecuencia, la Corte Interamericana consideró que el Estado había violado el derecho de la defensa a contrainterrogar a los testigos y realizar el control sobre el contenido de las declaraciones —a las cuales se les había otorgado un valor decisivo para determinar la responsabilidad de la víctima— lo que constituía una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el art. 8.2.f) de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Grijalva Bueno.

2.2 Violación del debido proceso y de las garantías judiciales indispensables

La Corte Interamericana constató que la sentencia de este caso carecía de una debida motivación, de un análisis de los hechos y del derecho, así como de la apreciación de la prueba que había permitido establecer la responsabilidad penal del acusado y la decisión final condenatoria. Señaló que no se desprendían del fallo las razones para considerar que los hechos atribuidos a Grijalva Bueno se subsumían

en las normas penales aplicadas. En otras palabras, no se desprendía motivación alguna respecto a las consideraciones jurídicas sobre la tipicidad, su relación con las pruebas y su apreciación. Además, la afirmación contenida en la sentencia de que la presunta víctima no se había preocupado por demostrar los elementos probatorios exculpatorios “en la presente estación, a fin de excluir o atenuar su responsabilidad” es claramente contraria al principio de presunción de inocencia.

Por otra parte, la Corte Interamericana determinó que, en la sentencia condenatoria de marzo de 2000, el juzgador había considerado el informe de la comisión de la Inspectoría General de la Armada, que presentaba una serie de irregularidades, como tomar en cuenta declaraciones de tripulantes que habrían sido obtenidas bajo coacción o tortura y estaban contenidas en los informes del SERINT.

En consecuencia, la Corte Interamericana consideró que, dado que existía prueba obtenida bajo coacción y tortura en la sentencia, resultaba evidente que la condena tenía como fundamento una prueba ilícita y producida de manera irregular, lo que no podía ser admitido.

De conformidad con lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que el juzgador había apreciado prueba ilícita que violaba el debido proceso, así como las garantías judiciales indispensables relacionadas con el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la igualdad procesal y el derecho a un juicio justo. En consecuencia, consideró que el proceso penal militar seguido contra la víctima había sido un proceso arbitrario.

A la luz de lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que el Estado había violado los arts. 8.1. y 8.2 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Grijalva Bueno.

2.3 Derecho a la libertad de pensamiento y expresión

Asimismo, la Corte Interamericana señaló que, por la naturaleza de las graves violaciones de derechos humanos que Grijalva Bueno había denunciado en su desempeño en el cargo naval y como funcionario público, estaba ejerciendo su libertad de expresión. En consecuencia, consideró que las violaciones a las garantías judiciales del proceso de destitución, que se trasladaron al proceso penal militar, pudieron haber generado un efecto intimidador o inhibitorio en el libre y pleno ejercicio de la libertad de expresión de la víctima. A la vez, pudieron tener un efecto intimidador respecto de las denuncias de violaciones de derechos humanos realizadas por integrantes de las fuerzas armadas, lo que a su vez habría afectado la dimensión social del derecho a la libertad de expresión. En consecuencia, la Corte Interamericana estimó que el Estado había violado el art. 13 de la Convención Americana en perjuicio de Grijalva Bueno.

El Estado debe garantizar las condiciones fácticas para que los funcionarios públicos realicen denuncias libremente, sin que sean víctimas de amenazas u otros tipos de hostigamiento. Por lo tanto, como lo ha señalado la Corte Interamericana respecto a los defensores de derechos humanos, las represalias producen un efecto social de intimidación, temor y amedrentamiento, pues silencian e inhiben la labor de

estas personas. En este sentido, es fundamental que el Estado no use indebidamente los procesos sancionatorios ni los penales, o militares como en este caso, para someter a juicios infundados a los funcionarios públicos. Además, debe asegurar la vigencia de las garantías judiciales. Por lo tanto, en este caso, el Estado debió brindar la protección debida para que Grijalva Bueno realizara las denuncias libremente y sin represalia alguna.

La Corte Interamericana concluyó que el Estado había violado la libertad de expresión consagrada en el art. 13.1 de la Convención Americana, en relación con su art. 1.1, en perjuicio de Grijalva Bueno.

3. Reparaciones

La Corte ordenó al Estado, como medidas de reparación, publicar la sentencia y pagar las cantidades fijadas en concepto de daño material e inmaterial.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Grijalva Bueno vs. Ecuador* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 3-6-2021, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_426_esp.pdf.



Responsabilidad Internacional de Estado. Garantías judiciales. Independencia judicial. Garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo. Garantía contra presiones externas. Plazo razonable. Protección judicial. Derecho a contar con un recurso efectivo. Garantía de cumplimiento de la sentencia. Obligación de respetar los derechos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Antecedentes del caso: la Constitución Nacional de la República del Paraguay establece que la Corte Suprema de Justicia está integrada por nueve ministros (art. 258), quienes cesan en sus cargos al cumplir 75 años y solo pueden ser removidos por juicio político (art. 261). Carlos Fernández Gadea fue designado ministro de la Corte Suprema en abril de 1995 y falleció el 20 de junio de 2010. Por su parte, Bonifacio Ríos Avalos fue designado ministro de la Corte Suprema el 6 de mayo de 1999 y electo presidente del tribunal para el periodo de febrero de 2003 a febrero de 2004.

Diversos artículos de prensa de 2003 se refirieron a la intención de distintos actores políticos de cambiar a algunos de los ministros que en esa época integraban la Corte Suprema. En tal sentido, en los meses de octubre y noviembre de ese año presentaron su renuncia tres ministros. El 18 de noviembre de 2003, la Cámara de Diputados de la Nación formuló acusaciones ante la Cámara de Senadores de

la Nación contra tres ministros, incluidos Fernández Gadea y Ríos Avalos, con el fin de instaurar un juicio político en su contra. La Cámara de Diputados invocó el art. 225 de la Constitución Nacional e imputó a los acusados distintas conductas, referidas a 20 cargos, a los que calificó como mal desempeño de sus funciones. El 25 de noviembre de 2003, la Cámara de Senadores emitió la Resolución 122, por la que reguló el procedimiento para la tramitación del juicio político y en cuyo art. 2.º estableció que no se admitirían recusaciones y que las resoluciones dictadas por ese órgano no podrían ser objeto de recurso alguno.

El 26 de noviembre de 2003, inició el juicio político ante la Cámara de Senadores y la comisión acusadora, designada por la Cámara de Diputados, presentó la acusación. Por su parte, el 3 de diciembre de 2003 la comisión desistió de diversos cargos contenidos en la acusación y ratificó, a efectos de continuar el juicio político, tres cargos respecto de Fernández Gadea y cuatro respecto de Ríos Avalos. El otro ministro acusado renunció antes de la finalización del procedimiento.

En la sesión del 12 de diciembre de 2003, la Cámara de Senadores, constituida “en tribunal”, deliberó y votó para decidir si los ministros acusados eran o no culpables por mal desempeño en sus funciones. La votación culminó, en el caso de Fernández Gadea, con 44 votos a favor de declararlo culpable y una ausencia y, en el caso de Ríos Avalos, con 43 votos a favor de declararlo culpable, una abstención y una ausencia. El mismo día, la Cámara dictó la Resolución 134, por la que se los separó de sus cargos.

El 27 de noviembre de 2003, los nombrados promovieron, por separado, acciones de inconstitucionalidad contra la Resolución 122, del 25 de noviembre de 2003. Asimismo, el 24 de diciembre y el 26 de diciembre de 2003, Fernández Gadea y Ríos Avalos promovieron, respectivamente, acciones de inconstitucionalidad contra la Resolución 134, del 12 de diciembre de 2003, que había dispuesto separarlos de sus cargos.

Durante el trámite de las acciones promovidas, distintos ministros de la Corte Suprema, así como integrantes de otros tribunales, se inhibieron de conocer los planteamientos. El 30 de diciembre de 2009, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió favorablemente las acciones de inconstitucionalidad planteadas. En tal sentido, mediante el Acuerdo y la Sentencia 951, la Sala acogió las acciones promovidas por Ríos Avalos y, mediante el Acuerdo y la Sentencia 952, las promovidas por Fernández Gadea. La Sala declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas y dispuso la reposición de los dos en sus cargos.

El 2 de enero de 2010, el Congreso Nacional emitió la Resolución 1, mediante la cual repudió y rechazó el contenido y los términos de los acuerdos y sentencias 951 y 952, a la vez que advirtió a distintas autoridades, incluidos los ministros de la Corte Suprema, de que, en caso de admitir la validez de las referidas decisiones judiciales, incurrirían en causales de juicio político. El 5 de enero de 2010, la Corte Suprema emitió la Resolución 2382, que declaró que los acuerdos y las sentencias 951 y 952 carecían de validez jurídica y dispuso suspender en sus funciones a los magistrados que las habían dictado. En la Resolución 2382 intervinieron ministros que previamente se habían inhibido de conocer las acciones de inconstitucionalidad promovidas por las víctimas.

El 1 de febrero de 2010, Ríos Avalos y Fernández Gadea promovieron, por separado, recursos de aclaratoria respecto de los acuerdos y las sentencias 951 y 952. El 2 de septiembre de 2019, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia acogió el recurso de aclaratoria interpuesto por Ríos Avalos. Por su parte, no consta que haya sido resuelto el recurso promovido oportunamente por Fernández Gadea.

Sentencia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente a la República del Paraguay por la violación de la independencia judicial, el derecho a la protección judicial y la garantía del plazo razonable en perjuicio de Bonifacio Ríos Avalos y Carlos Fernández Gadea, como consecuencia de su destitución de los cargos de ministros de la Corte Suprema de Justicia, en el marco del juicio político tramitado en 2003.

La Corte Interamericana determinó que, en el procedimiento del juicio político y la consecuente decisión de la Cámara de Senadores de remover a Ríos Avalos y a Fernández Gadea, no fueron respetadas las garantías necesarias para salvaguardar la independencia judicial.

Asimismo, la Corte Interamericana concluyó que los recursos judiciales promovidos por ambas víctimas habían resultado ineficaces en un marco de inobservancia de las garantías contra presiones externas que amparan la función de juezas y jueces.

A su vez, la Corte Interamericana estableció que, en el trámite de tales acciones, había sido vulnerada la garantía del plazo razonable. En consecuencia, la Corte Interamericana declaró que Paraguay era responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25.2 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1.

1. Fondo

1.1 La independencia judicial, la garantía de inamovilidad en el cargo de las autoridades judiciales y la garantía contra presiones externas

La Corte Interamericana reiteró, en congruencia con su jurisprudencia constante, que la independencia judicial configuraba uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, por lo que, cuando se afectaba en forma arbitraria la permanencia de las juezas y los jueces en sus cargos, se vulneraba el art. 8.1 de la Convención Americana.

Esto se debe al importante rol que las autoridades judiciales desempeñan en una democracia como garantes de los derechos humanos, lo que exige reconocer y salvaguardar su independencia, especialmente frente a los demás poderes estatales. De otro modo, se podría obstaculizar su labor e impedirles determinar, declarar y eventualmente sancionar la arbitrariedad de los actos que puedan vulnerar los derechos humanos.

La Corte Interamericana recordó que, en su jurisprudencia, ha afirmado que la obligación de garantía, conforme al art. 1.1 de la Convención, implicaba el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras

a través de las cuales se manifestara el ejercicio del poder público, de manera tal que fueran capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En el contexto de ese deber de garantía, la independencia judicial se proyecta como elemento imprescindible de la organización del aparato gubernamental, sin la cual el Estado no es capaz de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos. Como corolario, la independencia judicial resulta indispensable para la protección y efectiva garantía de los derechos humanos. Asimismo, la Corte Interamericana recordó que, de la independencia judicial, se derivaban las siguientes garantías para las autoridades judiciales: a) un adecuado proceso de nombramiento; b) la estabilidad e inamovilidad en el cargo, y c) ser protegidas contra presiones externas.

Respecto de la garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo, destacó que implica: a) que la separación del cargo debe obedecer exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período del mandato; b) que las juezas y los jueces solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o por incompetencia, y c) que todo proceso seguido contra juezas y jueces debe resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos, objetivos e imparciales, según la Constitución o la ley.

1.2 La independencia judicial y los juicios políticos contra autoridades judiciales

La Corte Interamericana recordó que eran aplicables, en la sustanciación de un juicio político, las garantías del debido proceso que establecía la Convención Americana, ya que cualquier autoridad pública (administrativa, legislativa o judicial) debía adoptar esas decisiones con pleno respeto de las garantías.

De este modo, la Corte Interamericana consideró que, aunque el procedimiento del juicio político tenga lugar en el ámbito de órganos de naturaleza política, cuando se inste contra autoridades judiciales, el control ejercido por aquellos órganos, más que basado en razones de pertinencia, oportunidad o conveniencia políticas, debe operar con sujeción a criterios jurídicos. En este sentido, el procedimiento y la decisión final versarán sobre la acreditación o no de la conducta imputada, y si esa conducta encuadra o no en la causal que motivó la acusación. Esta posición no conlleva desnaturalizar o variar la esencia del control que democráticamente se ha confiado a un órgano como el Poder Legislativo, sino que persigue asegurar que ese control, cuando se aplique a juezas y jueces, refuerce el sistema de separación de poderes y permita un adecuado mecanismo de rendición de cuentas sin menoscabo de la independencia judicial.

De igual forma, señaló que resultaba contrario a la Convención que el juicio político o la eventual destitución de juezas o jueces, como consecuencia de ese procedimiento, se fundamentara en el contenido de las decisiones que esas autoridades hubieran dictado. Argumentó que la protección de la independencia judicial impedía deducir responsabilidad por los votos y opiniones que se emitieran en el ejercicio de la función jurisdiccional, con la excepción de infracciones intencionales al ordenamiento jurídico o comprobada incompetencia. De otro modo, las autoridades judiciales se podrían ver sometidas a interferencias indebidas en el ejercicio de sus funciones.

1.3 La independencia judicial y el juicio político instado contra Ríos Avalos y Fernández Gadea

En este caso, la Corte Interamericana advirtió que los cargos ratificados por la comisión acusadora contra las víctimas (en virtud de los cuales había sido tramitado finalmente el juicio político y la Cámara de Senadores había decidido la destitución) habían incluido decisiones dictadas por Ríos Avalos y Fernández Gadea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales como ministros de la Corte Suprema.

La Corte Interamericana estableció que el contenido de tales decisiones judiciales era el elemento determinante para formular la acusación y, ulteriormente, decidir sobre ambas destituciones, es decir, el contenido de decisiones judiciales que el Congreso Nacional no podía revisar.

Por ende, se dañó seriamente la independencia judicial, ya que no habían sido respetadas las garantías de estabilidad y de protección frente a presiones externas que amparaban la función de las juezas y los jueces. La Corte Interamericana consideró que, con su actuación, el Poder Legislativo había afectado en forma arbitraria la permanencia de los ministros acusados, con lo cual había vulnerado la independencia judicial y perjudicado el orden democrático.

1.4 Las garantías judiciales en relación con la independencia judicial y el derecho a contar con una autoridad imparcial

La Corte Interamericana recordó que la garantía de imparcialidad, también consagrada en el art. 8.1 de la Convención Americana, exigía que los integrantes del tribunal o de la autoridad a cargo del procedimiento no tuvieran un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no estuvieran involucrados en la controversia.

A partir del estudio del caso concreto, la Corte Interamericana estableció que, en la época de los hechos, en medio de cuestionamientos al Poder Judicial, distintos actores políticos del Paraguay manifestaron de forma pública su interés por modificar la integración de la Corte Suprema. En línea con lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que existía sustento probatorio, consistente en las versiones taquigráficas de las sesiones de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, para afirmar que se había concretado un acuerdo político entre el Poder Ejecutivo e integrantes del Legislativo para someter a juicio político a miembros de la Corte Suprema y removerlos del cargo.

En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó que el juicio político al que habían sido sometidos Ríos Avalos y Fernández Gadea no había respetado las garantías del debido proceso y, en particular, no había cumplido con la exigencia de imparcialidad de la autoridad a cargo del procedimiento, ya que los integrantes de la Cámara de Senadores, en virtud del acuerdo político existente, tenían una posición tomada de antemano.

Asimismo, estableció que la Resolución 122 de la Cámara de Senadores, cuyo art. 2.º preveía que no se admitirían recusaciones, impidió a los ministros acusados intentar apartar a los miembros del órgano legislativo sobre quienes existían sospechas de parcialidad.

1.5 La efectividad de las acciones judiciales promovidas por Ríos Avalos y Fernández Gadea, en relación con la independencia judicial

La Corte Interamericana reiteró que el sentido de la protección que garantiza el art. 25 de la Convención Americana era la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determinara si había habido o no una violación a algún derecho y que, en caso afirmativo, el recurso fuera útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo. La Corte Interamericana determinó que, pese a la prohibición expresa contenida en el art. 2.º de la Resolución 122 de la Cámara de Senadores, Ríos Avalos y Fernández Gadea habían promovido acciones de inconstitucionalidad para reclamar sus derechos. Las acciones fueron resueltas favorablemente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante los acuerdos y las sentencias 951 y 952, emitidas el 30 de diciembre de 2009. No obstante, las decisiones que la Sala Constitucional dictó no habían sido ejecutadas, debido a la actuación del Congreso Nacional, que, mediante la Resolución 1 del 2 de enero de 2010, repudió públicamente y rechazó las decisiones de la Sala, a la vez que advirtió a los ministros de la Corte Suprema de que, en caso de admitir la validez de las sentencias, incurrirían en causales de juicio político. Ante ello, el 5 de enero de 2010, la Corte Suprema de Justicia emitió la Resolución 2382, que declaró que los acuerdos y las sentencias 951 y 952 carecían de validez jurídica y dispuso suspender en sus funciones a los magistrados que las habían dictado.

A partir de lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que la decisión de invalidar los pronunciamientos favorables a las víctimas había estado condicionada por el enérgico pronunciamiento y las expresas advertencias del Poder Legislativo.

Por consiguiente, la negativa del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia a reconocer la validez y los efectos de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional, y la consecuente falta de ejecución de lo ordenado por esta, determinó que los recursos judiciales de Ríos Avalos y Fernández Gadea no fueran efectivos.

Asimismo, la Corte Interamericana resaltó la grave injerencia en la función de las autoridades judiciales que había implicado la actuación del Poder Legislativo en el caso concreto.

1.6 La garantía del plazo razonable en la tramitación y resolución de las acciones judiciales promovidas por Ríos Avalos y Fernández Gadea

La Corte Interamericana advirtió que transcurrieron aproximadamente seis años entre el planteamiento, en 2003, de las acciones de inconstitucionalidad y la emisión de los acuerdos y las sentencias 951 y 952 del 30 de diciembre de 2009.

Por otro lado, también analizó la demora en resolver el recurso de aclaratoria promovido el 1.º de febrero de 2010 por Ríos Avalos y acogido el 2 de septiembre de 2019, y la inexistencia de resolución respecto del recurso de aclaratoria instado, también en 2010, por Fernández Gadea.

Con base en los criterios establecidos por la jurisprudencia, la Corte Interamericana determinó que el trámite y la decisión de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por ambas víctimas, así como del recurso de

aclaratoria promovido por Ríos Avalos, habían excedido el plazo razonable.

En cuanto al hecho de que no haya sido resuelto el recurso de aclaratoria promovido en su oportunidad por Fernández Gadea, la Corte Interamericana señaló que el derecho a la tutela judicial exigía que el órgano jurisdiccional dictara un pronunciamiento en el que, al menos, señalara si era procedente o no conocer del recurso y expresara sus fundamentos.

2. Reparaciones

La Corte Interamericana estableció que la sentencia constituía por sí misma una forma de reparación. Asimismo, ordenó las siguientes medidas de reparación integral: a) medidas de restitución: ante la inexistencia de vacantes en la integración de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sumado al tiempo transcurrido desde la consumación de los hechos del caso y las características particulares de la función de los ministros del tribunal, la Corte Interamericana consideró que no era viable ordenar la reincorporación de Ríos Avalos. Por eso, el Estado deberá pagarle una indemnización alternativa; b) medidas de satisfacción: el Estado deberá publicar esta sentencia, en los idiomas oficiales del Paraguay, en los sitios web oficiales del Poder Legislativo y del Poder Judicial; c) indemnizaciones pecuniarias: el Estado deberá pagar las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como costas y gastos y el reintegro del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Asimismo, el Estado deberá regularizar las jubilaciones de Ríos Avalos y Fernández Gadea.

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y considerará concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido con lo dispuesto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Bonifacio Ríos Avalos y Carlos Fernández Gadea vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 19-8-2021, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_429_esp.pdf.



ÍNDICES

investigaciones

POR PAÍSES

ALEMANIA: 17, 218.

BÉLGICA: 47, 59, 66.

BRASIL: 11, 15, 34, 75, 83, 111, 114, 177, 206, 211, 214, 216.

CANADÁ: 188.

CHILE: 13, 24, 72, 99, 181.

COLOMBIA: 36, 68, 87, 106, 176, 185, 199.

ECUADOR: 64, 101, 118, 209.

ESPAÑA: 28, 41, 45, 52, 56, 62, 80.

ESTADOS UNIDOS: 31, 109, 202, 223, 230, 232.

FRANCIA: 49.

INDIA: 40, 191.

ITALIA: 77, 90, 96, 116, 173, 178, 186, 197, 207, 220.

PERÚ: 172.

REINO UNIDO: 43, 85, 94, 195.

POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 123, 126, 134, 136, 139, 144, 149, 151, 153, 168.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: 234, 244, 251, 256, 264, 269, 278, 281, 287, 292, 298, 303, 307.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 158, 160, 163, 165.

TEMÁTICO

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 15, 17, 83, 181.

- Autonomía universitaria 15.
- Derecho a la escolaridad: 17.
- Derecho a organizar libremente la vida familiar: 17.
- Ley de Emergencia federal por la pandemia: 17.
- Solicitud de constancia de vacunación para retomar actividades presenciales: 15.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 24.

- Cambio de nombre y apellido: 24
- Derecho a la integridad psíquica: 24
- Derecho a ser oído: 24
- Derecho al nombre: 24
- Dignidad humana: 24.
- Interés superior del niño: 24.

DERECHO A LA IGUALDAD: 28, 31.

- Beneficio fiscal: 28.
- Definición, alcance y reconocimiento de los órganos de gobierno: 31.
- Derecho a la tutela judicial efectiva: 28.
- Derecho de acceso al financiamiento de los programas de asistencia creados por el Gobierno de los Estados Unidos para hacer frente a la pandemia de COVID-19: 31.
- Discriminación por razón de residencia: 28.
- Unión de hecho: 28.

DERECHO A LA INFORMACIÓN: 34, 90.

- Principio de eficiencia: 34.
- Principio de legalidad: 34.
- Realización de un censo demográfico en el marco de la pandemia de COVID-19: 34.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 36, 40, 41, 80, 90.

- Audiencia previa: 80.
- Derecho a la honra: 36.
- Derecho a la imagen: 36.
- Derecho a la libertad de expresión: 36.
- Derecho a la libertad personal: 40, 80.
- Derecho a la tutela judicial efectiva: 80.
- Derecho al buen nombre: 36.
- Divulgación de información sensible a través de redes sociales que causa afectaciones desproporcionadas a los derechos a la intimidad y a la imagen: 36.
- Examen de proporcionalidad, 40.
- Inviolabilidad del domicilio: 41.
- Prueba de ADN: 40.
- Secreto de las comunicaciones: 41.
- Secreto profesional: 41.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 43, 45, 47, 62, 87.

- Antiterrorismo: 43.
- Convención Europea de Derechos Humanos: 43.
- Cuestión prejudicial: 47.
- Derecho a denunciar delitos sexuales: 87.
- Derecho a la comunicación de información veraz: 45.
- Desacato e injurias graves al rey: 47.
- Flexibilización de los principios de veracidad e imparcialidad: 87.
- Interés público: 45, 62.
- Mujer víctima de violencia sexual: 87.
- Orden de detención europea: 47.
- Publicación en redes sociales: carácter de discurso especialmente protegido: 87.
- Responsabilidad objetiva: 43.
- Sujeto de especial protección constitucional: 87.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMUNICACIÓN: 49.

- Difusión de contenidos terroristas: 49.
- Libertad de acceso a los servicios públicos de comunicación en internet: 49.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: 52, 56.

- Coordinación sanitaria estatal: 52.
- Derecho a la integridad física y moral: 52.
- Derecho a la libertad de circulación: 52.
- Derecho a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes: 56.
- Ejecución de las penas privativas de la libertad: 56.
- Pena de prisión permanente revisable: 56.
- Principios de reeducación y de reinserción social: 56.
- Vacunación obligatoria: 52.

DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA: 59.

- Ciudadanos de la Unión Europea: 59.
- Derecho a la libertad y a la seguridad: 59.
- Principio de igualdad y no discriminación: 59.
- Principio de seguridad jurídica: 59.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: 62.

- Derecho al olvido: 62.
- Derecho a la intimidad personal y familiar: 62.
- Derecho al honor: 62.
- Motores de búsqueda en internet: 62.

DERECHO A LA SALUD: 15, 64, 66, 68, 72, 75, 83, 176.

- Acceso a un servicio público de calidad: 64.
- Asistencia médica de extranjeros ilegales: 66.
- Consentimiento informado: 64.
- Delito de poner en peligro la salud pública: 72.

Derecho a la identidad sexual: 68.
Derecho a la protección de la salud, la asistencia social y la asistencia médica: 66.
Derecho a la vida digna: 68.
Prestación de servicios privados de planes de salud en el marco de la pandemia de COVID-19: 75.
Principio de legalidad: 72.
Principio de proporcionalidad: 72.
Proceso de reasignación de sexo: 68.
Protección integral del menor de edad: 83.
Salud pública: 83.
Vacunación de adolescentes de entre 12 y 17 años en el marco de la pandemia de COVID-19: 83.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: 176.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 41.

Derecho de acceso a la jurisdicción: 41.

DERECHO A LA VIDA: 77, 80, 83.

Derecho a la autodeterminación: 77.
Derecho a la libertad personal: 77.
Derecho a morir: 77.
Parto de alto riesgo: 80.
Parto domiciliario: 80.
Protección de la vida humana: 77.
Solicitud de referéndum: 77.

DERECHO A LA VIDA DIGNA: 64.

Proyecto de vida: 64.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 85.

Extradición: 85.
Disposiciones de rechazo: 85.

DERECHO A MORIR DIGNAMENTE: 106.

Asistencia médica al suicidio: 106.
Derechos a la vida digna, a la muerte digna y al libre desarrollo de la personalidad: 106.
Figura penal de inducción o ayuda al suicidio: 106.
Principio de solidaridad social: 106.

DERECHO ADMINISTRATIVO: 11, 13.

Concesión de servicios públicos: 11.
Igualdad ante la ley: 11.
Obligación de licitación previa: 11.
Principio de igualdad: 11.
Principio de proporcionalidad: 11.
Principio non bis in idem: 11.
Probidad en la función pública: 11.
Sanción a funcionario público: 11.

DERECHO AL BUEN NOMBRE Y HONRA: 87.

Presunción de inocencia: 87.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO: 64, 99, 107, 202.

Derecho a la defensa: 99, 202.

Derecho a presentar elementos probatorios, admisión y valoración de la prueba: 202.

Derecho a un juicio justo: 202.

Derecho a una investigación justa y racional: 99.

Derechos de la naturaleza: 107.

Discriminación arbitraria: 99.

Garantías judiciales: 64.

Motivación de la sentencia: 64.

DERECHO AL HONOR: 45.

Derecho a la privacidad: 45.

Funcionario público: 45.

DERECHO AL OLVIDO: 90.

Derecho a la protección de los datos personales: 90.

Motores de búsqueda en internet: 90.

Solicitud de eliminación de URL y copias caché: 90.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA: 66, 90, 94, 96.

Principio de igualdad y no discriminación: 66.

Solicitud de pasaporte sin categorización de género: 94.

DERECHO AMBIENTAL: 99, 101, 232.

Aguas interjurisdiccionales: 232.

Competencia originaria de la Corte Suprema: 232.

Conflicto entre dos estados por la utilización y consumo del caudal de un acuífero interestatal: 232.

Daño ambiental: 99.

Derechos de la naturaleza: 101.

Recursos naturales: 232.

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: 75, 109.

Carácter federal: 75.

Derechos de autor: 109.

El desconocimiento de hecho o de derecho es excusable ante la inexactitud de la información contenida en un registro de derechos de autor: 109.

Propiedad intelectual: 109.

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA: 111.

Asistencia jurídica gratuita para acceder a la Justicia laboral: 111.

Honorarios de abogados y peritos: 111.

DERECHO DE DEFENSA: 114.

Asistencia jurídica a personas de bajos recursos: 114.

Defensoría pública: 114.

Leyes municipales: 114.

DERECHO DE FAMILIA: 116, 118.

Atribución automática del apellido paterno a los hijos: 116.

Corresponsabilidad parental: 118.

Derecho a la igualdad: 118.

Discriminación: 116.

Estereotipos y roles de género: 118.

Identidad del hijo: 116.

Inconstitucionalidad: 116.

Patria potestad: 116.

Principio de igualdad entre el hombre y la mujer: 116.

Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes: 118.

Violencia vicaria de género: 118.

DERECHO DE LOS ANIMALES: 101.

Acción de habeas corpus: 101.

Debate y aprobación de ley sobre los derechos de los animales: 101.

Protección de la fauna silvestre en peligro de extinción: 101.

Seres sintientes: 101.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: 75.

Acto jurídico perfecto: 75.

Competencia: 75.

Contratos: 75.

Defensa del consumidor: 75.

Libre iniciativa: 75.

Principio de igualdad: 75.

DERECHO DEL TRABAJO: 173, 176, 177, 178, 181, 185.

Accidente en horario laboral: 173.

Daño moral y material grave: 178.

Derecho a la estabilidad laboral reforzada: 176.

Derecho de huelga: 177.

Derecho de propiedad: 181.

Despido arbitrario y discriminatorio: 176.

Discapacidad producida por la actividad laboral: 176.

Empleados federales: 177.

Exclusión de la indemnización: 173.

Insubordinación grave: 178.

Interrupción del necesario nexo causal entre trabajo y accidente: 173.

Publicación, por parte de un trabajador, de conceptos gravemente ofensivos y despectivos hacia los superiores directos y directivos de la empresa en su perfil de Facebook: 178.

Riesgo no necesariamente vinculado a la actividad laboral: 173.

Servicio público esencial: 177.
 Trabajo a distancia o teletrabajo: 181, 185.

DERECHO PENAL: 96, 186, 188, 191, 195, 197, 199, 202, 206, 207.

Abuso de autoridad: 186.
 Actos violentos cometidos en estado de extrema intoxicación: 188.
 Administración pública: 186.
 Cálculo de la pena: 206.
 Delito de propaganda e incitación a la discriminación racial, étnica y religiosa: 207.
 Delitos sexuales contra menores: 191.
 Derecho al trabajo voluntario: 195.
 Detención provisional: 197.
 Expulsión de un ciudadano extranjero condenado: 96.
 Grupo virtual nazifascista: 207.
 Impugnación: 186.
 Inmigrante con residencia permanente: 195.
 Interés superior del menor: 191.
 Ley de Protección de los Niños contra los Delitos Sexuales: 191.
 Libertad condicional: 195.
 Madres cabeza de familia: 199.
 Medidas de seguridad: 197.
 Modificación de la legislación: 186.
 Mujeres condenadas a penas inferiores a 8 años: 199.
 Pena de muerte: 202.
 Posesión de drogas para consumo personal: 206.
 Presunción de inocencia: 188.
 Prisión domiciliaria: 199.
 Publicaciones antisemitas en las redes sociales: 207.
 Reforma de la normativa pertinente: 96.
 Reincidencia: 206.
 Residencia de Ejecución de Medidas de Seguridad: 197.
 Validez de la orden de libertad condicional: 195.

DERECHO PROCESAL PENAL: 211, 214.

Acceso a la Justicia: 211.
 Asistencia jurídica: 211.
 Defensoría Pública: 211.
 Facultad procesal de requerir documentos e informaciones a los organismos públicos: 211.
 Principio de igualdad: 211.
 Principio de inexorabilidad de la jurisdicción: 211.
 Prisión preventiva: 214.
 Revocación automática: 214.

DERECHO TRIBUTARIO: 216, 218.

Derecho a la inmunidad fiscal: 216.

Evasión de impuestos: 218.
Laicidad de las entidades asistenciales: 216.
Organizaciones religiosas: 216.
Prescripción: 218.
Retroactividad: 218.
Trato discriminatorio: 216.

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: 172, 220.

Agravación de la pena: 220.
Derecho a la libertad de tránsito: 172.
Inconstitucionalidad: 220.
Interés superior del niño: 172.
Principio de igualdad: 172.
Principio de proporcionalidad de la sanción penal: 220.
Solicitud de refugio: 172.
Trato discriminatorio: 172.

DERECHOS HUMANOS: 223.

Derecho a decidir sobre el propio cuerpo: 223.
Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo: 223.
Derecho a la planificación familiar: 223.
Derecho a la salud reproductiva: 223.
Derecho a la vida privada: 223.
Derecho a un embarazo deseado: 223.
Derecho de las personas gestantes: 223.

DERECHOS POLÍTICOS: 209.

Derecho a elegir y ser elegido: 209.
Derecho a participar en asuntos de interés público: 209.
Derecho al voto: 209.
Igualdad y no discriminación: 209.
Participación de estudiantes en el marco de elecciones de máximas autoridades universitarias: 209.

DERECHOS SOCIALES: 230.

Componente de protección igualitaria de la cláusula constitucional del debido proceso: 230.
Discriminación por razón de origen nacional: 230.
Igualdad ante la ley: 230.
Igualdad de acceso a los beneficios de los programas sociales: 230.
Puerto Rico. Territorios pertenecientes a los Estados Unidos: 230.
Residentes: 230.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: 234, 244, 251, 256, 264, 269, 278, 281, 287, 292, 298, 303.

Acceso a la Justicia: 292.
Acusación previa: 298.
Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: 244, 256, 264, 287, 292, 298.

Debido proceso: 298.
 Derecho a interrogar a testigos: 303.
 Derecho a la familia y a la integridad personal: 281, 292.
 Derecho a la igualdad ante la ley: 244, 256, 292.
 Derecho a la integridad personal, libertad personal, honra y dignidad y libertad de pensamiento y expresión: 234, 251, 264, 269, 278, 287, 298.
 Derecho a la libertad de pensamiento y expresión: 244, 303.
 Derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia: 256, 303.
 Derecho a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y la prohibición de discriminación: 264, 287.
 Derecho a la verdad: 281.
 Derecho a la vida, a la salud y a la vida privada: 256, 264, 269, 278, 287.
 Derecho a la vida digna: 264, 287.
 Derecho a un juicio justo: 303.
 Derecho a un recurso efectivo: 303.
 Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: 269, 278.
 Derecho al trabajo: 264.
 Derecho de defensa: 298, 303.
 Derechos de los familiares: 278.
 Derechos del niño: 264, 287.
 Discriminación y violencia de género: 234, 292.
 Falta de investigación diligente: 234.
 Garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo: 298.
 Garantías judiciales, protección judicial e igualdad ante la ley: 234, 264, 278, 281, 292, 298, 303.
 Inmunidad parlamentaria: 292.
 Obligación de respetar los derechos: 251, 256, 264, 269, 278, 281, 292, 303.
 Plazo razonable: 234, 292, 303.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS: 168.

Deportación: 168.
 Obligación de evaluar el riesgo real y actual que afronta el individuo en caso de ser deportado: 168.
 Prohibición de tratos inhumanos o degradantes: 168.
 Revocación del estatus de refugiado: 168.

DERECHO A LA VIDA: 123, 126.

Derecho a un recurso efectivo: 123.
 Ejercicio de poder físico y de control sobre la vida de un hombre en una situación de proximidad: 126.
 Falta de investigación efectiva de la muerte por parte de las autoridades nacionales: 126.
 Prohibición de tratos inhumanos y degradantes: 123.

DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 123, 134, 136, 146, 149.

Adultos mayores: 146.
 Bienestar superior del niño: 146.

Derecho a la libertad de expresión: 134.

Derecho a un juicio justo: 134, 136.

Discapacidad: 136.

Interés superior del niño: 149.

Libertad de culto: 149.

Libertad de elección: 149.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: 158.

Acceso a una internet abierta: 158.

Comunicaciones electrónicas: 158.

Derechos de los usuarios finales: 158.

Obligación de trato equitativo y no discriminatorio del tráfico: 158.

Prohibición de acuerdos y prácticas comerciales que limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales: 158.

DERECHO DEL TRABAJO: 160.

Aplicabilidad del derecho de la Unión: 160.

Concepto de “tiempo de trabajo”: 160.

Miembros de las fuerzas armadas: 160.

Ordenación del tiempo de trabajo: 160.

Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores: 160.

DERECHOS HUMANOS: 139, 144, 149, 151, 153.

Asilo internacional: 139.

Ausencia de investigación efectiva: 144, 153.

Convención Europea de Derechos Humanos: 139.

Derecho a actuar en nombre de otro por paradero desconocido: 144.

Derecho a la libertad y a la seguridad: 139.

Derecho a un juicio justo: 149.

Detención administrativa de extranjeros: 139.

Detención arbitraria: 144.

Discriminación: 149, 153.

Eutanasia: 151.

Familia de facto: 144.

Libertad de expresión: 151.

Privación ilegítima de la libertad: 144.

Suicidio asistido: 151

Tratos inhumanos y degradantes: 144.

Violencia de género: 153.

PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: 158, 160, 163.

Concepto de “órgano jurisdiccional”: 163.

Derecho de los consumidores: 158.

Derecho del trabajo: 160.

Inamovilidad de los jueces: 163.

Independencia e imparcialidad judicial: 163.

Proceso de nombramiento de un juez nacional: 163.

RECURSO POR INCUMPLIMIENTO: 165.

Asistencia prestada a los solicitantes de asilo: 165.

Espacio de libertad, seguridad y justicia: 165.

Política de asilo: 165.

Procedimiento de concesión de protección internacional: 165.

